

RETTE TIL SAMVÆR MED BEGGE FORELDRE VED SAMLIVSBRUDD

Kandidatnummer: 503

Veileder: Erik Mørch

Leveringsfrist: 25.04.07

Til sammen 17023 ord

02.05.2007

Innholdsfortegnelse

DEL 1: INNLEDNING OG NOEN HOVEDLINJER

1.	INNLEDNING:	1
1.1	Tema	1
1.2	Problemstillingen	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Oversikt over rettskildefaktorene	3
2.	SAMVÆRSRETTENS HISTORISKE UTVIKLING	5
3.	FN-KONVENSJONEN OG EMK SOM SKRANKER FOR SKJØNNET	6
3.1	EMK artikkel 8- en skranke for domstolenes skjønn?	6
3.2	FN-konvensjonen og dens innhold – retningslinjer eller gjeldende rett?	6
4.	SKANDINAVISK SAMVÆRSRETT- NYE LINJER	7
5.	RETTE TIL SAMVÆR- UTGANGSPUNKT	9

DEL 2: SAMVÆRSRETTE I PRAKSIS

6.	BARNETS BESTE SOM PLIKTHENSYN FOR DOMSTOLENE	10
7.	KORT OM PLIKTE TIL MEKLING OG HURTIGHET	12
8.	PRESENTASJON AV ALDERSGRUPPER	12

SPESIFIKKE SKJØNNSMOMENTER I SAMVÆRSRETEN

9.	SAKENS HISTORIKK	14
9.1	Problemstilling	14
9.2	Oversikt og begrunnelse for momentet	14
9.3	Utdypning av momentet	14
9.4	Historikk og rettspraksis	14
9.5	Oppsummering og kommentarer	16
10.	BARNETS MENING	16
10.1	Problemstilling	16
10.2	Oversikt og begrunnelse for momentet	16
10.3	Utdypning av momentet	17
10.4	Barnets mening og rettspraksis	19
10.4.1	Barn under 7 år	19
10.4.2	Barn fra 7-10 år	19
10.4.3	Barn fra ca 12 år og oppover	20
10.5	Oppsummering og kommentarer	22
11.	BARNETS KJØNN	23
11.1	Problemstilling	23
11.2	Utdypning av momentet	23
11.3	Barnets kjønn og rettspraksis	24
11.4	Oppsummering og kommentarer	25
12.	MEST MULIG SAMLET FORELDREKONTAKT	25
12.1	Problemstilling	25

12.2	Oversikt og begrunnelse for momentet	26
12.3	Utdypning av momentet	26
12.3.1	"Vanlig samvær" som kvantitativ norm for foreldrekontaktens omfang	26
12.3.2	Nærmere om begrepet "best mulig foreldrekontakt"	26
12.4	Momentet og rettspraksis	27
12.5	Oppsummering og kommentarer	28
13.	FORELDRENES PERSONLIGE EGENSKAPER	28
13.1	Problemstilling	28
13.2	Utdypning av momentet	28
13.2.1	Evnen til å sette barnets behov foran sine egne	29
13.2.2	Rolig, forutsigbar og stabil forelder	29
13.2.3	Samarbeidsevner	30
13.2.4	Aktiviteter og tid til barnet	31
14.	KONFLIKTNIVÅ	31
14.1	Problemstilling	31
14.2	Oversikt og begrunnelse for momentet	31
14.3	Utdypning av momentet	32
14.3.1	Forarbeider og konflikt i rettsaker	32
14.3.2	Loven og konflikt	32
14.3.3	Teori og konflikt	32
14.3.3.1	Juridisk teori	33
14.3.3.2	Psykologisk teori	33
14.4	Høyt konfliktnivå og rettspraksis	34
14.5	Oppsummering og kommentarer	35
14.6	Samværssabotasje	36
14.6.1	Teori	36

14.6.2	Samværssabotasje og rettspraksis	37
14.6.3	Oppsummering og kommentarer	37
15.	<u>RISIKOENE VED MILJØSKIFTE</u>	37
15.1	Presentasjon av momentet	37
15.2	Momentet og rettspraksis	39
15.3	Oppsummering og kommentarer	40
16.	<u>PRAKTISKE FORUTSETNINGER</u>	41
16.1	Arbeidstid/sted	41
16.2	Barnets venner	41
16.3	Boligforhold og geografiske avstander	42
16.4	Ikke splitte søsken	43
16.5	Økonomi	43
17.	<u>DOMSTOLENES EGENVURDERINGER</u>	43
17.1	Det formelle utgangspunktet for domstolenes skjønn	43
17.2	Hvilken rolle har egenvurderinger i realiteten?	44
18.	<u>NEKTELSE AV SAMVÆR-NÅR KAN/SKAL SAMVÆR NEKTES ELLER BEGRENSES?</u>	45
18.1	Oversikt	45
18.2	Nærmere om faktorer som kan begrense samværet	46
18.2.1	Overgrep	46
18.2.2	Rusmisbruk	46
18.2.3	Høy konflikt	47
18.2.4	Barnets motvilje eller frykt	47
18.2.5	Kort om tilsyn kan avhjelpe samværsnekt	49
DEL 3: SAMLET VURDERING OG RETTEN DE LEGE FERENDA		
19.	<u>SAKKYNDIGES ROLLE OG INNFLYTELSE</u>	49

20.	SAMLET VURDERING AV RETTSPRAKSIS	52
21.	ØKONOMI	53
22.	NÆRMILJØ OG FLYTTING- NYE SIGNALER?	54
23.	LIKESTILLING OG SAMVÆR. 50/50% SAMVÆR I FREMTIDEN?	55

REGISTER

DEL 1: INNLEDNING

1.1 Tema

Tema for denne oppgaven er i hvilken utstrekning barnet har rett til samvær med begge sine foreldre ved samlivsbrudd, når foreldrene ikke kommer til enighet. Den viktigste oppgaven retten har i samværsretten er å ivareta hensynet til barnets beste. Både det lovfestede utgangspunktet i bl §42 og 43, og det ulovfestede utgangspunktet er at både barnet og foreldrene har rett til samvær med hverandre. Dette fordi det i hovedregelen anses å være til barnets beste. Formålet med samværsretten er derfor å sikre barna god kontakt med foreldrene. Imidlertid kan det foreligge omstendigheter og mothensyn som skaper tvil om samvær er til barnets beste i den enkelte sak. Derfor trenger retten et sett av momenter å forholde seg til når avgjørelser skal tas. Disse momentene tar stadig farge av samfunnets familiesyn, lovendringer, rettspraksis, teori, forskning og psykologi. Barneloven er derfor ikke uttømmende. Dette skyldes flere forhold:

For det første er antall samlivsbrudd høyere enn noensinne. Rundt 20000 barn opplever hvert år samlivsbrudd, 2/3 av disse skilsmisse, den resterende delen brudd i samboerskap¹.

For det andre er kjønnsrollene er i dag fragmentært annerledes enn tidligere. De fleste kvinner deltar idag i arbeidslivet. I 1965 deltok 14% av kvinnene i arbeidslivet, medio 80-tallet 50%, og idag er de aller fleste mødre i arbeid på enten heltid eller deltid². Den moderne far er i høy grad involvert i barnas liv. Signaler fra politisk hold går i retning av at det er ønskelig at far involveres i enda høyere grad i barnas liv. Det tradisjonelle lovfestede utgangspunkt om vanlig samvær annenhver weekend og en dag i uken er derfor umoderne.

¹ http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/andre/Barn_og_samlivsbrudd.html?id=1051

².Kristin Skjørten s. 9

Samværsretten byr på en rekke utfordringer og avveiningsproblemer. Avgjørelser som preger barns fremtid er alvorlige nok i seg selv, og familieoppløsning er en påkjenning som skaper utrygghet og uforutsigbarhet. Derfor er det viktig at reglene avhjelper mest mulig. I tillegg er saksforholdene individuelle og en støter i stor grad på krysshensyn. Disse kryssende, uklare hensynene, sprikende signaler fra ulike hold, uklarheten rundt situasjonen idag og hvor den bærer hen, er inspirasjonen for å velge dette temaet for oppgaven. I tillegg ser jeg et presserende behov for opprydding da utviklingen går i høy fart. Oppgaven vil derfor ikke være en tradisjonell fremstilling – jeg ønsker å behandle momentene med et kritisk blikk.

1.2 Problemstillingen

Oppgaven baseres på hovedregelen om at barn og foreldre skal ha samvær med hverandre – bl§42 og 43. Oppgaven vil omhandle de reglene som gjelder når foreldrene ikke klarer å komme til enighet *om* og i *hvilken utstrekning* samvær skal finne sted. Det er primært når andre instanser som megling og forlik er uttømt, altså momentene for domstolsbehandlingen, som skal undersøkes. Del 1 er en introduksjon til de viktigste bakgrunnshensynene for samværsretten. Del 2 omhandler hovedsaklig følgende: Hvilke hensyn og skjønnsmomenter gjelder når sakene kommer opp for domstolene? Her presenteres momentene teoretisk, etterfulgt av eksempler fra rettspraksis for å illustrere hovedlinjene. Av plasshensyn og i tråd med Eckhoffs hierarki-prinsipp av allminnelig rettskildelære³ vil tingrettsdommer ikke bli behandlet. Endelig vil del 3 omhandle noen betraktninger om signaler og om hvordan ting *burde* være – altså retten *de lege ferenda*.

³ Eckhoff "rettskildelære" s. 162

1.3 Avgrensninger

Barnevernssaker skiller seg fra samværsretten og blir ikke behandlet. Her gjelder dels andre momenter, da det stort sett dreier seg om uskikkethetsspørsmål. I samværsspørsmål er derimot partene ofte skikkede foreldre. Spørsmål om daglig omsorg samt foreldreansvar faller også utenfor. Det avgrenses også mot reiseutgifter og bidrag, da dette er mer praktiske størrelser som faller på siden av skjønnsmomentene. Videre forutsettes det at farskapet allerede er fastsatt. Meklingsinstituttet vil bare bli behandlet i den grad det illustrerer sakens gang. Samvær med øvrige familie tas heller ikke med.

1.4 Presentasjon av rettskildefaktorene

Samværsretten er lovfestet i barneloven av 1981. Det naturlige utgangspunkt er lovteksten, i dette tilfellet *bl§42 og 43*. Kort oppsummert dreier disse seg om retten til samvær, og utmåling av vanlig samvær.

Behovet for å supplere tolkningen med *forarbeider* er ganske stort på et såpass skjønnspreget område som samværsretten. Men barnelovens forarbeider av 1977 gir i liten grad veiledning for tolkningsprosessen. Det er foretatt en rekke endringer i barneloven de seneste tiårene, derfor finnes nyere forarbeider som til en viss grad gir mer veiledning enn tidligere.

Betydningen av ovennevnte kilder presiseres/modifiseres til en viss grad av *rettspraksis*. Rettspraksis er en viktig indikator på hva som er gjeldende rett og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende de lege lata. Imidlertid er det lite høyesterettsavgjørelser om samvær, og hver sak må vurderes for seg da individuelle omstendigheter varierer sterkt. Derfor foreligger det få prejudikater eller allmenngyldige normer. Et annet aspekt er at de sakene som kommer for høyesterett, skal være prinsipielle. Høyesterettspraksis har derfor mindre betydning i samværsretten enn på andre rettsområder.

Men det finnes svært mange lagmannsrettavgjørelser (og tingrettsavgjørelser). De kan med fordel studeres som indikatorer på hvilke hensyn som vektlegges idag. Et viktig aspekt er at de fleste saker stanses etter behandling i tingretten. Årsakene kan være at det er økonomisk og psykisk tungvint å gå til lagmannsretten, og svært belastende for barnet med en vedvarende rettskonflikt. Dertil kan det være enda mer belastende å føre saken for høyesterett.

Avgjørelsene støttes også ofte på *juridisk teori*. Behovet for teori er ganske stort på et såpass dynamisk rettsområde hvor ulike hensyn spriker. Teori kan bidra til å avklare rettslige huller som måtte dukke opp når samværet skal fastsettes. Men det er lite juridisk om samvær i Norge, og det som finnes er sjelden oppdatert. En må supplere med *psykologisk teori* for å gi et helhetlig bilde. Herunder teori, forskningsundersøkelser, samt sakkyndiges vurderinger. Psykologisk teori faller utenfor Eckhoff's rettskildelære, men det er uungåelig å trekke den inn i samværsretten da den er en av de grunnleggende mekanismene. Rettspraksisen som senere skal presenteres inkluderer derfor *sakkyndiges* vurderinger.

Rimelighetsbetraktninger samt *dommernes egenvurderinger* er nok faktorer som, mer eller mindre skjult, er ganske tungtveiende i en rekke saker. Sakene som kommer for retten er ofte så konfliktfylte at det er en utfordring for alle parter, dommerne inkludert, å bygge på *objektive* vurderinger.

Endelig har vi de *internasjonale menneskerettighetene* som en skranke for avgjørelsene. Bestemmelsene som er av betydning, er EMK artikkel 8 om retten til respekt for privat- og familieliv, FN's barnekonvensjon art 12(3) om barns rett til å bli hørt, samt art 9 som fastslår retten til samvær. Alle bestemmelsene er inkorporert i norsk lov via menneskerettsloven. Eksempelvis er ordlyden i § 42 ikke bare et resultat av norske overveielser i forarbeidene, men også et resultat av plikten til å samsvare retten med internasjonale konvensjoner.

Konvensjonene skal ved motstrid gå foran norsk lov. Dette setter skranker for domstolene, dessuten bør det tas hensyn til EMD's praksis på området. Dette følger klart av flere høyesterettsdommer om samvær, blant annet Rt-2003 side 425.

2. Samværsrettens historiske utvikling

Den historiske utviklingen har gått sakte. Dette skyldes nok at samværsretten har gått i takt med samfunnsutviklingen. Men barnets beste som moment fantes allerede i skilsmisseloven av 1909. Besøksrett ble drøftet i familiekomiteer i 1910, i kraft at det var en viss praksis på området. Men dette ble totalt forkastet. Barnelovgivningen av 1915 utelot samværsregler helt. I 1936 skrev Arnholm at forelderen uten foreldremyndighet ikke hadde noen rett til samvær⁴. Dette ble heller ikke forandret i loven av 1937. Riktignok fikk domstolene da kompetanse til å avgjøre barnefordelingssaker, men noen særskilt regel om samvær kom ikke på tale. Imidlertid startet en ny retning i kjølvannet av en høyesterettsdom i 1940⁵. Høyesterett kom frem til at loven av 1915 hjemlet adgang for domstoler og administrasjon til å fastsette samvær for den som ikke hadde foreldreansvar. Men bare såfremt det var til barnets beste. Dommen er avsagt i plenum, med 19 mot 2 stemmer. Prinsippet ble dels kodifisert i loven av 1956. §8 i loven for ektefødte barn hjemlet en viss rett for foreldresamvær når foreldrene hadde vært gift. §4 i loven for uektefødte barn hadde ingen tilsvarende bestemmelse, i slike tilfeller ble man henvist til barnevernsnemda. I 1969 fikk barnet lovfestet samvær når foreldrene hadde vært gift. Men hele veien gjaldt en morspresumsjon- det var hos henne barnet hadde det best. Morspresumsjonen ble strøket først i 1981. Samværsretten ble absolutt, uavhengig av sivilstatus. Fra den tid av har Norge hatt materielle regler om samvær. Men dette er bare de formelle reglene. Utviklingen etter 1981 er rikelig behandlet ellers i oppgaven, dette behandles derfor ikke her.

⁴ C.J.Arnholm s. 52

⁵ Rt-1940-s.155

3. FN-konvensjonen og EMK som skranker for fastsettelsen av samvær

3.1 EMK artikkel 8- en skranke for domstolenes skjønn?

EMK art 8 inneholder en rett til å ikke adskilles fra familiemedlemmer. EMD har bestemt at nasjonale instanser har en positiv plikt til å sørge for *lovregler* som skal ivareta retten. I tillegg plikter Norge å sikre *gjennomføring* av regelen. EMK art 8-1 er en unntaksbestemmelse- regelen kan fravikes for å beskytte nasjonale interesser eller enkeltmennesker- men ikke ellers. Såvidt jeg kan se, havner ikke den norske regelen om samværsnektelse i konflikt med EMK 8, men artikkelen stiller klare krav til tungtveiende motinteresser for at familieliv skal nektes. I kraft av presumsjonsprinsippet legger således EMK skranke på skjønnnet for når samværsrett kan nektes. Etter min forståelse er samværsnekt som ikke har tungtveiende årsaker, et inngrep i familielivet som ikke står seg i forhold til EMK art. 8. Lucy Smith har et annet syn på saken, hun ser bare omsorgsnekt, ikke samværsnekt, som inngripende for familielivet⁶.

3.2 FN-konvensjonen og dens innhold – retningslinjer eller gjeldende rett?

FN's barnekonvensjon berører samværsretten på flere områder. For det første finnes prinsippet om barnets beste i konvensjonens artikkel 3, som sier at barnets beste skal være den ledende norm i alle saker som berører barn. Dette innebærer at barnets beste skal gå foran ved interessekonflikter mellom barn og andre. Hensynet bak er tanken om at barn har fullt menneskeverd, samt er sårbare og trenger beskyttelse⁷. Prinsippet er nedfelt i bl §48, og norsk rett har lange tradisjoner som samsvarer med bestemmelsen. Etter min mening kan det imidlertid oppstå kollisjon mellom prinsippet og bl §43 i den grad sistnevnte gir forelderen rett til samvær med barnet. Faren er spesielt stor da barnets beste som begrep er svært vagt utformet i art 3. I kraft av presumsjonsprinsippet er ikke lenger folkeretten bare retningslinjer, men gjeldende rett som Norge må innrette seg etter. På den annen side er norske lovbestemmelser *lex superior*, altså øverst på den rettslige rangstigen. Problemet er

⁶ Lucy Smith, doktoravhandling s. 19

⁷ Svend Danielsen s. 69

ikke ukjent i folkeretten generelt, og det må for hvert enkelt tilfelle foretas et skjønn når bestemmelsene skal avveies i forhold til hverandre.

FN-konvensjonen artikkel 9(3) oppstiller samvær som menneskerettighet for barnet- det har krav på ”personlig, direkte, regelmessig kontakt” med begge foreldre. Staten plikter å respektere barnets rett til samvær, etter mitt skjønn har domstolene da en positiv plikt til å sørge for at samvær som hovedregel skal finne sted. Den obligatoriske meklingsordningen som ble lovfestet i Norge i 2006, styrker samværsrettighetene også for de tilfelle som ikke kommer for retten.

For det tredje skal barn som er i stand til å gi uttrykk for egne synspunkter høres i saker som angår det. Bestemmelsen finnes i artikkel 12 i barnekonvensjonen, og er idag lovfestet i Norge. EMD uttalte i Sahin-dommen(2001) at retten alltid plikter å høre barnet ved å ha direkte kontakt med det.

Konklusjon og kommentarer: Presumsjonsprinsippet og det faktum at Barnekonvensjonen ble norsk rett i 2003, samt rettspraksis, medfører at samtlige artikler er rettslig bindende for Norge. Det samme gjelder EMK art 8. Dette til tross fant jeg ingen omtale om denne bindingen i norsk juridisk teori, selv i fagbøker som ble senest utgitt i 2006. Det er unikt for dette rettsområdet, og er en indikator på at menneskerettighetenes betydning i teorien går tregere enn det som er vanlig på andre rettslige områder.

4. Skandinavisk samværsrett - nye linjer

Problemstilling: Hva er gjeldende rett i Danmark og Sverige? Finnes det hold for å anta at landene har innflytelse på hverandre?

Den svenske samværsrettsparagrafen har tradisjonelt sett omhandlet barnets rett til samvær, og at begge foreldrene plikter å tilgodese dette, uavhengig av hvem som har foreldreansvaret (fb§15). I 1998 kom det regelendringer som skulle tilstrebe enighet mellom foreldrene hva gjelder foreldreansvaret og samvær. Gjennom en årrekke har denne holdningen om å tilstrebe utenrettslig enighet vært viktigst, slik at det ikke har blitt satset

på reformer i domstolsbehandlingen. Men i 2006 kom det en lovendring. Domstolene skal etter lovendringen delta aktivt i beslutninger om barnets beste, også ved samvær. Prinsippet om å vektlegge av yngre barns mening (ned til 7 år) ble også forsterket. Det kom også en bestemmelse om at retten kan endre eller komplementere den praktiske utformingen av samværet når det er nødvendig for å gjennomføre det⁸. At domstolene nå skal spille en aktiv rolle ved samværstvister er nytt- svensk samværsrett bygget hovedsaklig på avtaleløsninger tidligere. Her er det imidlertid på sin plass å nevne at Sverige har lange tradisjoner for å fastsette felles foreldreansvar, noe som kan virke positivt på samværet.

Danmark har gjennomgått endel endringer i samværsreglene på 90-tallet. Den nåværende regelen går ut på at barnets forbindelse med foreldrene skal bevares ved at den andre forelderen har rett til samvær. Samværsakene ble inntil 1. januar 2007 avgjort av amtsmenn, ikke domstolene. Lovgiver har siden 1996 ytret behov for regler som i større grad er tilpasset moderne familieforhold⁹. Den 6. desember 2006 ble folketinget enige om en reform. Reformen går ut på at barn skal bli mer hørt, foreldrene får fellesansvar for at samvær skal lykkes, mulighet for delt tid skal lovfestes, begge foreldre skal involveres i skole og institusjoner, flytting skal varsles og samværsstrikane sanksjoneres. Særlig interessant er forslaget om at retten kan fastsette 7 dagers samvær, uavhengig av foreldreansvar og hvem som har den daglige omsorgen. Videre skal samværs sabotasje håndheves mer effektivt ved tvangsfullbyrdelse.

Det er store likheter i hovedlinjene i skandinavisk samværsrett. Prinsippet om barnets beste er lovfestet i alle landene, det samme er høring av barnet og samvær som en grunnleggende pilar i moderne familierett.

Men etter mitt skjønn ligger Norge og Sverige tilbake når det gjelder en samfunnstilpasset samværsutvikling. Det er ikke hold for å anta at ytterligere endringer i Sverige vil finne sted i nærmeste fremtid. Norge har nedsatt et utvalg som nå gjennomgår dagens regler. Utvalgets agenda er ikke ulik den danske. Nærmere redegjørelse for det norske utvalget

⁸ Meddelandebblad juni 2006

⁹ Betænkning nr. 1475 kap 1

kommer i kapittel 24. Det er forøvrig å bemerke at danske domstoler har latt seg inspirere av Norges nye regler om samværssabotasje. Dette, samt likheten mellom det norske og danske utvalget, illustrerer at de skandinaviske landene influerer hverandres regler, og enda viktigere, dels går i samme rettslige retning.

5. Retten til samvær – noen utgangspunkter

Hovedregelen er §43. Etter endringen i 2004 lyder loven at *barnet har rett til samvær* med begge sine foreldre, og at det er foreldrenes ansvar at dette blir oppfylt¹⁰. Det er denne regelen som må være utgangspunkt for domstolenes avveielser. Det er en pliktregel for foreldrene; de må bidra til å la barnet få være sammen med den andre, og selv stille opp. Sistnevnte er forøvrig problematisk å rettshåndheve, da vi ikke har noen tvangsinstans som påser at samværstiden oppfylles.

Samværsretten er autonom i den forstand at den ikke begrenses av det tidligere forholdet mellom foreldrene, foreldreansvaret, hvem som har den daglige omsorg, om de har bodd sammen eller deres konflikt¹¹. Et problem ved bestemmelsens forarbeider og lovens innhold er at samværsretten bærer preg av å være en generell prinsipperklæring. På den ene side er det uheldig at det ikke presises hva samværsretten skal gå ut på, med hensyn til de involvertes behov for forutberegnelighet. På den annen side er det fordelaktig da det åpner for en utstrakt grad av skjønn, noe som kan bidra til at avgjørelsene blir individuelt tilpasset det enkelte barn.

I tillegg til barns samværsrett, har også *foreldrene rett* til samvær med barnet¹². I egentlig forstand har da den forelderen som har daglig omsorg (og som ofte har foreldreansvaret) en plikt til å inkludere den andre parten. Her er vi inne på kjernen av hovedproblematikken for samvær: Grunnen til at saker havner i retten, er ofte fordi den ene forelderen svikter i evne og/eller vilje til samarbeid.

¹⁰ Barneloven §43, 1.ledd

¹¹ Holgersen og Tellefsen s. 67

¹² Barneloven §44, 1.ledd

DEL 2: SAMVÆRSRETEN I PRAKSIS

6. Samvær som norm for barnets beste - et plikthensyn for domstolene?

Problemstilling: I hvilken grad legger barnets beste-begrepet føringer på domstolenes skjønn? Kan man utlede av teorien at samvær er til barnets beste?

Det er loven og FN-konvensjonen som legger de viktigste føringene på domstolene. Men sammenholder man §42 om barnets samværsrett med §48 om barnets beste som norm for hvordan samværet skal utformes, oppdager man at rettsområdet ikke avklares ved loven alene. Det finnes få avklarende teorier, men her nevnes noen samværsteorier i relasjon til barnets beste.

Teorien om at samvær anses å være til barnets beste fantes allerede i forarbeidene av 1979. Det ble kort, men presist, sagt at samvær med begge foreldre ansees å være et gode for barnet¹³.

Nyere forarbeider har lagt følgende til grunn om samvær som et gode for barnet:

*”Det er et grunnleggende utgangspunkt at barnet skal kunne opprettholde kontakt med begge sine foreldre selvom de lever hver for seg”*¹⁴

Retten har idag etablert et grunnsyn på at samvær generelt er å regne for barnets beste¹⁵. Særlig interessant er følgende uttalelse fra høyesterett:

¹³ NOU: 1977:35 s. 75. (Dette utgangspkt til tross, var det ikke samværsrett mellom barn og ugift forelder før 1989)

¹⁴ Ot.prp. 103
82004-2005)

¹⁵ Eksempler: Rt 1987 s. 598, Rt 1995 s. 946

”Det er en alminnelig presumsjon for at det er best for barnet at det har kontakt med begge sine foreldre”/”I vår sak har jeg vanskelig for å se momenter som kan føre til at man ikke følger en generell formodning om at samvær er til barnets beste”¹⁶.

Nyere forskning har også en klar hypotese om samvær og barnets beste i et moderne samfunn: Kristin Skjørten har i en omfattende undersøkelse tatt for seg nyere trender innen samvær hvor en rekke barn bor 50% hos hver av sine foreldre. Undersøkelsen viser at barna (og foreldrene) som kommer fra delt-bosted-familier,¹⁷ som regel trives bedre med å ha det slik¹⁸. Det ligger implisitt i denne undersøkelsen at høyt samvær er til barnets beste.

En sakkyndig definisjon lyder slik:

”Når det gjelder samvær definerer vi barnets beste som: forhold som sikrer barnets utvikling best mulig innenfor en gitt kulturell kontekst. Det innebærer at samvær bør ha en utviklingsstøttende funksjon for det enkelte barnet, noe som i sin tur innebærer at samvær ikke skal representere en belastning på lang sikt...Samvær skal være mest mulig i samsvar med barnets behov og utvikling, og ligge innenfor rammene av det barnet utfra sin alder og utvikling må anses å ha kapasitet til å mestre”¹⁹

Både lovteksten i §42, rettspraksis, forarbeider og den nye undersøkelsen tar utgangspunkt i at samvær er til barnets beste. Ordlyden i loven er klar, men ikke utdypende.

Sammenholder man §42 med §48 opdager man at det er en nær sammenheng mellom samvær og barnets beste. Mens §42 er reservasjonsløs, legger §48 til grunn at avgjørelsene må være i tråd med barnets beste. Dette *kan* bety at §48, i likhet med sakkyndighetsdefinisjonen, oppstiller en rekke vilkår som begrenser samværet. Men sammenholder man §48-1 med §48-2 nok en gang, synes det naturlig å forstå ordlyden slik at det kun er i de ekstremt uheldige situasjonene samvær ikke skal finne sted. Når det

¹⁶ Rt 1995 s. 946

¹⁷ Delt bosted er noe annet enn samvær, men hensynene i de to størrelsene overlapper hverandre i stor grad

¹⁸ Kirsten Skjørtens undersøkelse for ISF

¹⁹ Koch og Walstad s. 24

unntaksvis foreligger en slik situasjon, er ikke samværet alltid lenger til barnets beste, og domstolene plikter å ta hensyn til det. Sakkyndighetsdefinisjonen går lengre i å avskjære samvær: Sitatet kan i ytterste forstand tolkes slik at med mindre barnet er intellektuelt modent for det, er samvær ikke til barnets beste. Da skal domstolene beslutte at samvær ikke skal finne sted, ihvertfall ikke hyppig. Dette går direkte på tvers av lovens §42 om barnets rett til samvær og §48-2(se ovenfor). Slike holdninger fra sakkyndige kan videreføre ikke-gjeldende rett som for eksempel forarbeidene av 1956 om at mor vet best. En slik teori innebærer skjevfordeling fordi mor kan utelukke far som omsorgsperson²⁰. Men morspresumsjonen fastholdes ikke av alle sakkyndige idag. Ser man bort fra psykologisk teori er de ovennevnte faktorene samkjørte og synergiskpende i synet på at samvær er til barnets beste.

Konklusjon: Domstolenes valgfrihet begrenses- hovedregelen er at samvær er barnets beste, og barnets beste er et plikthensyn. Når tungtveiende grunner tilsier at samvær ikke er til barnets beste, plikter domstolene likeledes å begrense eller avskjære samværet.

7. Kort om hurtighet, forlik og avgjørelser underveis

Det er på det rene at barn tar skade av sakene. Derfor hjemler bl§57 en bestemmelse om at dommeren skal sørge for mest mulig hurtiggang. Videre har §59 en bestemmelse om at forlik skal tilstrebes på ethvert trinn av saken via mekling. Denne regelen er hensiktsmessig i den forstand at foreldrene lettere respekterer avgjørelser det er enighet om. En måte å forskåne barnet på underveis, er å foreta en midlertidig avgjørelse om hvor barnet skal bo, før saken eller mens den pågår. Jf bl§60.

8. Kort presentasjon av aldersgrupper

I dette kapittelet gis en kort, generell presentasjon av aldersgrupper. Nærmere utdypning kommer i kapittel 12 og i avsnitt 16.2.

²⁰ Et eksempel på slike forsøk finnes senest i rt 30.mai 2005, i denne saken straffet det seg imidlertid for mor

8.1. Fra 0-1 år

”Mye tyder på at de minste barna ikke bør ha for lange fravær og for hyppige og store omskiftninger i forhold til det de er vant til”²¹”

For denne aldersgruppen gjelder ro og stabilitet. Det blir forøvrig ansett som kritisk å fjerne barnet for mye fra den ammende mor. Samvær for denne aldersgruppen bør være av kort varighet.

8.2 Fra 1-3 år

”Særlig fra 1-3 år er det viktig at samværet ikke forstyrrer tilknytningsutviklingen vesentlig”²²

Sitatet oppfordrer nærmest til å avgrense samværet. Som et motstykke foreligger en undersøkelse av Stephen Von Tetzchner²³. I undersøkelsen av 60 barn viste henholdsvis 95% av barna tilknytning til mor mot 30% tilknytning til far ved begynnelsen av tilknytning, mens forholdet hadde utjevnet seg til 81% vs 75% etter 18 mnd, altså tilnærmet likt. Det er omstridt hvorvidt en morspresumsjon bør gjelde eller ikke frem til barnet er ca 3 år. Men likevel åpner psykologisk teori til en viss grad for at en gradvis kan gjøre samværet hyppigere i denne perioden.

8.3 Fra 3-6 år

Psykologisk teori åpner for at samvær kan trappes opp ytterligere, men barnet selv har fortsatt liten mening om hva som er til dets beste.

8.4 Fra skolestart og utover

Barnet utvikler gradvis egne meninger, og det er fastslått i bl§31.1 at barnets skal få si sin mening fra denne alderen. Etterhvert som barnet blir eldre, får det mer å si.

²¹ Koch og Walstad s. 54

²² Koch og Walstad s. 66

²³ Stephen Von Tetzchner s. 444

8.5 Fra 12 år og utover

Bl §31.1 fastslår at det fra 12 år skal legges stor vekt på barnets mening. Når barnet runder 14 år avtar samværsavtalers betydning, da det selv beflytter seg friere, uavhengig av foreldrenes konflikt.

9. Sakens historikk

9. 1. Problemstilling

I hvilken grad kan historikken i den enkelte sak påvirke fastsettelse av samvær?

9.2. Oversikt og begrunnelse for momentet

Med unntak av noen psykologiske teorier, ser det ut til at momentet har utviklet seg gjennom rettspraksis. Rettspraksis gir forståelse av *at* momentet har betydning, men ikke *hvorfor*.

9.3. Utdypning av momentet

Prinsippet baseres på at det i endel tilfeller antas å være en sammenheng mellom hvem som har tatt seg av barnet og barnets beste. Således kan historikken ha betydning når samværsomfanget skal fastsettes. For eksempel sier Koch og Walstad at det er en sammenheng mellom samværskompetanse og tidligere relasjon til barnet. Videre hevder de at barnet kan skades ved å tilbringe tid med en det ikke kjenner²⁴. Å bringe inn en ”ny” forelder medfører en viss usikkerhet. Jeg mener imidlertid at §42 om retten til samvær er et tungtveiende kryssende hensyn, først og fremst i kraft av at dette prinsippet er lovfestet. Kjølberg og Johansen fremhever at en måte å avhjelpe tidligere uteblitt samvær på, er å lage en opptrappingsplan slik at barnet kan bli vant med og trygg på den forelderen som skal involveres i barnets liv. Dette er spesielt viktig for de yngste²⁵.

²⁴ Koch og Walstad s. 107-108

²⁵ Kjølberg og Johansen s. 105

9.4. Historikk og rettspraksis

Høyesterett har i svært liten grad involvert historikk som faktor. Det foreligger imidlertid en avgjørelse fra 1987²⁶. Faren ble totalt avskåret fra samvær da han aldri hadde bodd med moren. Det avgjørende var en antakelse om at når far aldri har tatt seg av barnet tidligere, var ikke samvær til barnets beste. Den 20 år gamle dommen ble fraveket i 1995- da falt en avgjørelse om at barnet skulle ha samvær med faren det ikke hadde bodd med²⁷.

Lagmannsretten er derimot rik på avgjørelser om historikk. I 2006²⁸ fikk mor utvidet samværsrett til én dag ekstra ukentlig enn det far, som hadde den daglig omsorgen, anførte. Avgjørende var den 3 ½ årige sønnens positive utvikling under samværsordningen som hadde vedvart i 1 ½ år. Historikken gikk foran prinsippet om stabilitet og konfliktnivå.

I 2003²⁹ ble en far innvilget samvær til 3- årige tvillinger mot morens vilje. Han hadde delvis bodd sammen med moren, men hadde ikke hatt kontakt med barna på 1 ½ år. Samværet ble svært begrenset – 6 timer første helg hver måned, under tilsyn såfremt moren ordnet det. Far hadde vært voldelig mot mor, og av hensyn til ikke å stresse henne opp overfor barna ble samværsretten snever. Det ble uttalt at faren hadde normale samværsegenskaper. Historikken er derfor det eneste motargumentet som støtter opp om avgjørelsen. Dette eksempelet illustrerer at historikk kan influere samværsomfanget også når retten ikke uttaler seg om det.

I 2004³⁰ ble samværsomfanget med en 7-åring satt til ca 50/50, det utslagsgivende var at partene hadde praktisert delt bosted i flere år.

²⁶ Rt-1987-598

²⁷ Rt-1995-946

²⁸ LA-2006-20167

²⁹ LB-2003-1142

³⁰ LA-2004-14910

I 2004³¹ forelå en interessant avgjørelse, primært om *foreldreansvar*, men den dreier seg også om samvær. Den er prinsippmessig betegnende for forholdet mellom samværsomfang og historikk. Saken dreide seg om en far som aldri hadde bodd med moren(eller barnet). Han fikk derfor ikke delt foreldreansvar for datteren på 5 år. Han ble innvilget et svært knapt samvær; noen timer annenhver søndag hjemme hos moren. Dommen viser hvor liten påvirkningsmulighet en forelder som ikke har tatt seg av barnet kan ha når omfanget skal fastsettes. Dommens formelle grunner er en uklar erklæring om barnets beste, samt sakkyndiges antydninger om psykiske problemer. Men det bør sies at saker hvor historikken blir såpass negativt utslagsgivende, ikke forekommer ofte i rettsapparatet.

9.5. Oppsummering og kommentarer

For *høyesterett* er historikk sjelden et tema. Dette kan skyldes at de har større respekt for lovens utgangspunkt om rett til samvær i §42, enn lagmannsretten har.

For *lagmannsretten* har historikk mest betydning når far aldri har bodd med mor. Selv tilfeller hvor mor har utelukket far som omsorgsperson, går ikke alltid i fars favør. Den forelderen som aldri bodde med den andre, får noen ganger svært begrensede rettigheter til samvær. Sammenligner man slike saker med tilfeller hvor foreldrene har bod sammen, ser man at domstolene innvilger en minimalt samvær i forhold til disse. Ellers viser sakene at samværet i enkelte tilfeller fastsettes tilnærmet proposjonalt med foreldrenes forhistorie i å ta seg av barnet. Dette er i strid med høyesterettspraksis. Men på leting etter samværsavgjørelser på området var det uunngåelig å se at historikkens relevans er sterkest i saker om foreldreansvar og daglig omsorg.

³¹ LB-2004-5922

10. Betydningen av barnets mening og alder for fastsettelse av samværet

10.1. Problemstilling

Er barnets mening i forbindelse med samvær en absolutt norm? Kan/bør den fravikes om barnets beste tilsier noe annet? Hvordan graderes hensynet i forhold til alder?

10.2. Oversikt og begrunnelse for momentet

Betydningen barnets mening har i Norge idag må sees i sammenheng med FN-konvensjonen artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt, og dens inkorporering i norsk rett i 2003³². Da barneloven kom i 1981 var Norge et av få land som ivaretok hensynet³³. Loven oppstiller ikke idag noe valg for retten – i 2004 kom en bestemmelse om at når barnet er over 7 år *plikter* retten å høre det . Er det over 12 år *skal* domstolene i tillegg til å høre det legge *stor vekt* på barnets personlige mening i saker som vedgår det. Om kriteriene ikke oppfylles, er dette en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av dommen. Dette følger også av rettspraksis³⁴. Høyesterett kom med følgende uttalelse i 1989: ”*Det fremgår av rettspraksis og teori at man bare kan se bort fra barnas ønsker i spesielle unntakstilfelle.*”

10.3. Utdypning av momentet

Ved første øyekast på lovbestemmelsen synes det som om aldrene 7 og 12 år utgjør de absolutte grensene. Sammenholder man §31.2 med §31.1, ser man imidlertid at loven oppstiller en gradering. Betydning av barnets mening om samværet øker i takt med barnets kapabilitet til å mene noe. Momentene alder og modenhet kommer altså inn i bildet. Barnets egne begrunnelser for omfanget av samværet må være gode.

³² Smith og Lødrup s. 116

³³ Smith og Lødrup s. 116

³⁴ Rt 1974 s. 1339

Loven har ingen bestemmelse om høring av barn under 7 år. Gjeldende psykologisk teori er at de aller yngste (opptil ca 4 år) har vanskelig for å forstå hva ord som hva”annen hver helg” betyr og hvordan det oppleves i praksis å være borte i flere dager³⁵. Fra skolestart og utover øker barnet gradvis sin forståelse og refleksjon rundt samværet.

Ofte har barn en formening om samværet basert på erfaring³⁶. De aller yngste har vanskelig for å gjøre seg opp en reflektert mening, men etterhvert som barnet modnes kjenner det bedre hva det trives med og ikke. I disse tilfellene kan høring ha en positiv funksjon i den forstand at gjennomføringen av samværet blir enklere dersom barnets vilje spiller en rolle. Barnet føler seg gjerne tryggere og mer tilfreds ved å ha en finger med i spillet. Men skal barnets mening vektlegges må synspunktene ikke komme av manipulasjon eller utilbørlig negativ omtale fra den ene forelderens om den andre. Slike omstendigheter blir idag sanksjonert i praksis. Det kalles foreldrefiendtlighetssyndromet. Dersom følgende to vilkår er oppfylt, resulterer det gjerne i at barnets mening skal tillegges mindre vekt: 1) Barnet er påvirket av den ene forelderens negativitet til den andre, uten at det nødvendigvis foreligger manglende samværsevne. 2) Barnet utvikler motvilje mot den andre forelderens på grunn av påvirkningen. Begrepet har fått gjennomslag i rettsutviklingen jfr for eksempel Gulating 2003³⁷ (nærmere omtalt i avsnittet under).

Et annet moment som begrenser betydningen av barnets mening, er lojalitetskonflikt³⁸. Begrepet betyr at barnet påtar seg en ansvarsbyrde ved å ”passe på” den voksne. Det blir lojalt på en selvskadende måte, og presenterer gjerne forelderens synspunkter som sine egne³⁹. I slike tilfeller skal ikke meningen tillegges betydning. Koch og Walstad fremmer imidlertid også en motsatt teori: At barnet tilpasser seg den voksnes oppfatning er et

³⁵ Koch og Walstad s. 40

³⁶ Kjølberg og Johansen s. 122

³⁷ LG-2003-16440

³⁸

³⁹ Koch og Walstad s. 42

uttrykk for tillit og god emosjonell relasjon⁴⁰. Sammenholder man utsagnet med dagens syn på lojalitetskonflikt, utilbørlig påvirkning og foreldrefiendtlighetssyndromet, spør det hvor holdbar denne teorien er i praksis.

Et tredje moment er de tilfellene barnets mening påvirkes av goder de voksne overdriver for å holde på dets samværslyst. Et eksempel er et barn som får ubegrenset med godteri, tv-spill og lystbetonte aktiviteter under samværet. En slik vedvarende ferie-følelse er ikke nødvendigvis til barnets beste. Om samværet er lite kan imidlertid de lystbetonte aktivitetene ta overhånd, i slike tilfeller er det ikke nødvendigvis negativt. Men sunne grenser den andre forelderen setter er kanskje upopulært hos barnet og det kan derfor ytre mening om at den ene parten er ”snill ” og den andre ”slem”. Tillegger retten slike meninger sterk betydning gjenspeiler det ikke et realistisk bilde av foreldre-egenskapene. Både dette og de andre ovennevnte momentene illustrerer nødvendigheten av at retten må utvise nøkternhet, skjønn og helhetsforståelse når barnets mening skal veies opp mot de andre rettskildefaktorene.

Etterhvert som barnet kommer i tenårene, minsker gjerne betydningen av eldre samværsavtaler. En 13-åring kan ikke hindres fra å frivillig oppsøke noen. Å hindre noen i dette, er for det første vanskelig å gjennomføre, for det andre en integritetskrenkelse⁴¹. Etterhvert som barnet blir eldre blir det dertil enda vanskeligere å gjennomføre samværsavtaler.

10.4. Momentet og rettspraksis

10.4.1 Rettspraksis og barn under syv år

I denne aldersgruppen fant jeg ingen eksempler på at barn ble hørt. Høring av små barn skjer svært sjelden for domstolene. Kristin Skjørten har foretatt en undersøkelse på et

⁴⁰ Koch og Walstad s. 42

⁴¹ Kjølberg og Johansen s. 123

beslektet rettsområde- fast bosted. Av 88 barn under syv år i lagmannsrettsavgjørelser, ble fire hørt. Alle fire var 6 år⁴².

10.4.2 Rettspraksis og barn fra 7-10 år

Høyesterett : I 1989⁴³ ble en syv-åring ikke hørt i at hun ikke ønsket samvær med far. Hensynet om kjennskap til røtter og prinsippet om at samvær er til barnets beste, gikk foran.

Lagmannsretten . I 2004⁴⁴ ble en 8-åring hørt fordi meningen virket gjennomtenkt. I 2003⁴⁵ ble barnet på 10 år hørt begrunnet med at han var normalt utviklet etter alderen, han hadde et ”ekte og selvstendig syn” på samværet. De to siste sakene er noen av mange eksempler på at barns individuelle forståelse går foran alder. Oktober 2004⁴⁶ ble en 10-åring ikke hørt da det forelå sterk påvirkning fra mor. Begrepet ”foreldrefiendtlighetssyndrom” ble en realitet, noe som representerer en ny linje i samværsretten.

10.4.3. Rettspraksis og barn fra ca 12 år

Høyesterett fravek prinsippet om barnets mening i 2004⁴⁷, denne saken får derfor særskilt omtale. Her ble det fastslått at det ikke var en saksbehandlingsfeil å unnlate å høre en 12 år gammel gutt angående samværsrett, dels fordi det var snakk om en endringssak. Avgjørelsen ble begrunnet med at det måtte tas hensyn til barnets personlige forutsetninger og barnets beste. Dessuten var årsgrensen på 12 år ikke absolutt. Avgjørelsen er i strid med loven, konvensjonen, teori og øvrig rettspraksis. Den er også kritisert av Smith og Lødrup.

⁴² Skjørten s. 60

⁴³ Rt-1989-148 (40-89)

⁴⁴ LA 2004-11616

⁴⁵

⁴⁶ LG-2003-16440

⁴⁷ Rt 2004 s. 811

Men kanskje mener høyesterett at betydningen av avgjørelsen ikke skal gå utover den konkrete saken. Det forelå nemlig spesielle omstendigheter – saken gjaldt blant annet endring av en nylig inngått samværsavtale.

En eldre sak⁴⁸ illustrerer vanskeligheten av å gjennomtvinge samvær når barna er store. De var her 11 ½ og 13 år gamle, samvær ble tilrådet men barna motsatte seg dette. Høyesterett kom frem til at et eventuelt samvær måtte baseres på frivillig ordning og ikke fastslås ved dom. Om det var hensynet til barnas mening eller umuligheten i å gjennomføre samvær som var viktigste grunn, er uklart.

I 1994⁴⁹ fikk far samværsrett med barn på 8, 11 og 14 år mot deres ønske. Prinsippet om at samvær er til barnets beste, og mistanke om at meningene skyldtes usunn lojalitet overfor mor, gjorde utslaget. Dette var starten på en ny linje om at dersom barnets mening bunner i en usunn lojalitet, skal det ikke lønne seg - uansett alder. Dette bør få betydning for hvor barnet skal bo fast. Se også Gulating oktober-04, omtalt under.

Lagmannsretten

Noen saker med dom i samsvar med barnets mening:

I 2001⁵⁰ ble det lagt *avgjørende* vekt på barnets mening i henhold til 12-årsregelen. Men saken dreide seg om et ekstremt tilfelle hvor det var drapsfrykt involvert. Også i et annet ekstremt tilfelle⁵¹ ble 11-åringens mening *avgjørende* iflg lagmannsretten, her var det i tillegg fare for psykisk skade. Uttalt at 11-åringenes mening nærmest må sidestilles med 12-åringene, og at barnets mening har *avgjørende* vekt. Disse sakene gir liten veiledning om 12-års prinsippets betydning under normale omstendigheter. Jeg fant ingen andre saker der barnets mening ble omtalt som en størrelse av *avgjørende* betydning, bare *stor vekt*. I

⁴⁸ Rt 1987 s. 456

⁵⁰ LA-2001-1050

⁵¹ LA-2005-85732

2005⁵² ble 11-åringens mening tatt i betraktning da hans ønske virket oppriktig og han var moden for alderen. I 2004 fikk 11 årige tvillinger samvær i tråd med egen mening⁵³. Retten tolket lovendringen som et signal om at også barns mening tett oppunder 12 år skal tillegges stor vekt. I 2006⁵⁴ hadde en 13-årig datter et modent syn på samvær. I tråd med hennes ønske ble det fastsatt begrenset samvær med far. Hennes modne syn var utslagsgivende, ikke alder alene. I en annen sak av 2006⁵⁵ ble det uttalt at etterhvert som barnet blir eldre vil dets mening bli mer fremtredende. Sammenholdt med en sak i 2003⁵⁶, en kjennelse som avgjorde at samvær med en 14-åring ikke lot seg gjennomføre, ser man hvor upraktisk det er med samværssaker for tenåringer.

I 2000⁵⁷ fikk en 12 år gammel datter mer omfattende samvær med far enn ønsket, til tross for at hun hadde psykosomatiske plager i forbindelse med samværet. Sakkyndiges mening om barnets beste gikk foran hennes ønske.

10.5. Oppsummering og kommentarer

For barn i alderen 7-11 år vektlegges hvorvidt barna har et gjennomtenkt syn på sin mening. Dette gjelder også eldre barn, men får mindre betydning for disse. Det teoretiske skillet mellom alderen 7-11 år og 12 år har jeg funnet noe kunstig. I rettspraksis-studiene framgikk det at barn fra 11, kanskje ned til 10 års alder ble hørt i samme grad som 12-åringene. For høyere aldere går selvstendige meninger ofte foran tidligere samværsavtaler.

⁵² LF-2005-17652

⁵³ LA-2003-14515

⁵⁴ LB-2006-132645

⁵⁵ LF-2006-37533

⁵⁵ LB-2003-13584

⁵⁷ LB-2000-1400

Av høyesterettsdommen av 16/3-07 fremgår det at når barnet når en viss alder, og har gitt klart uttrykk for en mening, må det legges betydelig vekt på denne meningen.

Det ser altså ut til at barns mening har stor, men ikke avgjørende betydning fra 11 år og oppover. Lagmannsretten og høyesterett har et ensartet syn på at barnets mening har stor vekt rent teoretisk, men praksis er variert. Lite utdypede vurderinger om barnets beste og sakkyndiges uttalelser går gjerne foran barnets mening. Videre viser nyere praksis at barnets mening tilegges mindre vekt når en har mistanke om utilbørlig påvirkning, samt usunn lojalitet. Rt 2004 der manglende høring ikke ble ansett saksbehandlingsfeil, fremstår som en kilde til forvirring. Men ettersom prinsippet om barnets beste er grunnleggende i både barneloven, FN-konvensjonen og ikke minst tidligere høyesterettspraksis⁵⁸, minsker nok denne sakens reelle betydning, og den er neppe et prejudikat. Likevel gir saken uttrykk for et syn som 1) i verste fall medfører enda dårligere forutberegnelighet, og 2) svekker barnets rettssikkerhet.

10.6. Tilleggsvurdering om rettspraksis og FN-konvensjonen

I 1993⁵⁹ ble en 12-åring ikke hørt. Dette var i strid med konvensjonen, men lagmannsretten anså det ikke som saksbehandlingsfeil. Tatt i betraktning at FN-konvensjonen lå til grunn for barneloven allerede slik den var i 1981, er det tvilsomt om avgjørelsen burde stått seg. Den ovennevnte høyesterettsavgjørelsen av 2004, representerer en fersk holdning i strid med FN-konvensjonen -manglende høring av barn var ikke å anse som saksbehandlingsfeil. Dette er et brudd på våre internasjonale forpliktelser. Ved menneskerettsloven i 2003 ble konvensjonen norsk rett, som presumeres å stemme med FN-konvensjonen.

Den generelle tendens i de andre sakene er at retten gir formelt uttrykk for at de ivaretar hørings- og meningsprinsippet i tråd med konvensjonen.

⁵⁸ Se feks rt 1989 s. 320

⁵⁹ LA-1993-671

11. Barnets kjønn

11. 1. Problemstilling

I hvilken grad har kjønn betydning når samværsretten skal fastsettes?

11. 2. Presentasjon av momentet

Det finnes knapt bakgrunnsteori som setter kjønn i sammenheng med omfang av samvær. Smith, Lødrup og Skjørten advarer mot en presumsjon om at mor er best for datter og far er best for sønnen, begrunnet med at en vet for lite på området⁶⁰. Koch og Walstad har noen korte betraktninger om kjønn og samvær. Kjønnssroller er en faktor som har sammenheng med barnets forståelse av egen identitet, barnet trenger kontakt med begge kjønn for å utvikle sin manns- eller kvinnerolle. Den av foreldrene som ikke har hovedomsorgen for barnet vil være en viktig rollemodell⁶¹. Men om man setter sistnevnte påstand i sammenheng med deres egne synspunkter i boken forøvrig, som viktigheten av ro, stabilitet og minimal flytting av små barn, ser man at de motsier sitt eget standpunkt om involvering av samværsforelder av det motsatte kjønn.

En uttalelse fra sakkyndig i en lagmannsrettsdom anno 2005 har et bidrag å tilføre den noe mangelfulle teorien: ” C(7 år, min tilføyelse) er i en alder hvor fedre generelt sett er ekstra viktige for gutter. Det betyr ikke at morstilknytningen ikke er viktig, men at det er ekstra viktig å tilbringe tid sammen med sin far, med tanke på kjønnsidentifikasjon og å skape god selvfølelse. Mestring sammen med far og fars anerkjennelse er særlig viktig for gutter fra 5 til 8-9 års alderen. Men for at den emosjonelle utviklingen, med utviklingen av empatisk evne og hengivenhet og omsorg ikke skal tape i konkurransen med utvikling av ferdigheter på motorisk og intellektuelt plan, er den nære omsorgen fra mor fortsatt viktig og bør være grunnleggende også for gutter i denne alderen. Dette så sant mor evner å gi nærhet, trygghet og kontakt. Mors evner i så måte er det ikke stilt spørsmålstegn ved.” Dette

⁶⁰ Skjørten s. 93

⁶¹ Koch og Walstad s. 89

samsvarer med Koch og Walstads teori. Barnet har behov for et balansert samværsomfang , da begge foreldrene har sin rolle i kjønnsidentifikasjonen.

Jeg fant ingen teori om andre aldere, ei heller om jenter. Sistnevnte kan ha sammenheng med at forelderen med hovedomsorg oftest er mor, slik at det er mindre behov for tilsvarende teorier om jenter når samvær fastsettes. Men det hersker stort sett enighet om at barna har godt av å ha samvær med forelderen av det samme kjønn.

11. 3. Momentet og rettspraksis

Ifølge Smith og Lødrup foreligger ingen høyesterettspraksis på området i overskuelig fortid⁶². Underrettene har imidlertid noen avgjørelser.

I 2000⁶³ fremholdt den sakkyndige at en gutt på 7 år trengte jevnlig kontakt med far med hensyn til kjønnsrolleidentifikasjon. Søsteren på 5 år ble ikke spesifikt tilrådet samvær med far . Lagmannsretten utvidet likevel ikke samværet – hensynet til å skåne barna for foreldrekonflikt gikk foran. Kjønnssrollemomentet ble tatt opp, men fikk ingen betydning for utfallet.

I 2005⁶⁴ ble far som rollemodell vurdert, sønnen var 10 år. Mannen fikk et noe mer utvidet samvær enn tidligere, men kjønnsrolleidentifikasjonen var ikke avgjørende som selvstendig faktor. Omfanget overskred ikke ordningen om ”vanlig samvær”. Kjønnssrollemomentet ble tatt opp også her, men fikk ingen betydning for utfallet.

11. 3. Oppsummering og kommentarer

Med utgangspunkt i Sandberg og Skjørtens erfaringer om at kjønn er brukt tilfeldig i domsmaterialet fra 1984 og utover⁶⁵, samt egne oppdagelser om at avgjørelsene er spekulative og ikke har solid forankring i teorien, fant jeg ingen grunn til å presentere flere dommer. De ovennevnte sakene illustrerer den generelle standarden; momentet nevnes

⁶² Smith og Lødrup s. 153

⁶³ LB-2000-3551

⁶⁴ LB-2005-27749

⁶⁵ Skjørtens .s 93

sporadisk i ny og ne, men får ikke avgjørende betydning. Min konklusjon etter å ha studert noen saker er at kjønn har mer betydning for partenes valg av anførsler, enn det har i teori og som rettskildefaktor når samværet skal fastsettes. I kjølvannet av den teoretiske usikkerheten som råder, fremhever Skjørten at dommernes personlige egenskaper er det reelle utslagsgivende momentet når slike anførsler først vektlegges⁶⁶.

12. Best mulig samlet foreldrekontakt

12. 1. Problemstilling

Kan det utledes en betydning av begrepet? Hvordan er relasjonen mellom begrepet og ”vanlig samvær”? Hvordan innvirker hensynet til foreldrekontakt på fastsettelsen av samværet?

12. 2 Oversikt og begrunnelse for momentet

Barneloven § 43 fikk ved lovendringen i 2005 en bestemmelse om at det i avtaler eller avgjørelser om samværets omfang blant annet skal legges vekt på hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt. Opprinnelig gjaldt hensynet tvister om hvor barnet skal bo fast. Hensynets opprinnelse kan spores tilbake til endringen av bl§39 i 1989, hvor stortinget utvetydig fastslo at best mulig foreldrekontakt er et sentralt moment i disse sakene⁶⁷. Idag er hensynet videreført til samværssaker. Ot.prp.103 gir ingen fullgod begrunnelse for momentet. Men forskning viste allerede da moderbestemmelsen kom i 1989 at barn har behov for større regelmessig foreldrekontakt enn tidligere antatt⁶⁸. Som vi senere skal se har øvrig forskning styrket momentet. Best mulig foreldrekontakt anses hovedsaklig å være til barns beste idag.

⁶⁶ Skjørten s. 93

⁶⁷ Smith og Lødrup s. 146

⁶⁸ Smith og Lødrup s. 146

12.3. Utdypning av momentet

12.3.1. "Vanlig samvær" som kvantitativ norm for foreldrekontaktens omfang

Lovens utgangspunkt er avtalefrihet når samværsomfanget fastsettes, 90% av samværsfastsettelsen foregår utenfor domstolene. Lovgiver mente i Ot.prp.(1996-1997) at avtalefrihet var viktig. Samtidig ble det fastholdt at standard-bestemmelsen i §43 var hensiktsmessig. Denne går ut på at det skal være samvær en gang i uken, annenhver helg, 14 dager i sommerferien og jul eller påske. Senest i 2005-2006 ble endring vurdert, men det var for sterke tradisjoner til det. Lovgivers begrunnelse var å begrense antallet konflikter og konfliktnivået mellom foreldrene⁶⁹. Således lever standard-ordningen fortsatt videre, men med en ny mellomløsning:

12.3.2. Nærmere om begrepet "best mulig foreldrekontakt"

I lys av at standard-samværsordningen ikke ble endret, kom følgende mellomløsning: *"I avtale eller avgjerd om samvær skal det mellom anna leggjast vekt på omsynet til best mogleg samla foreldrekontakt"*. I praksis innebærer dette at domstolene skal foreta et konkret skjønn om hva som er best mulig foreldrekontakt for det enkelte barn. Men kan man utlede hva begrepet betyr?

Departementets høringsuttalelse⁷⁰ lyder som følger:

"Samværets omfang skal avgjøres ut fra det konkrete barnets behov, slik at en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak blir avgjørende. Ved at loven bruker begrepet best mulig samlet foreldrekontakt, vil ordlyden omfatte omfanget, uten å gi føringer på hvor mye samvær det skal være, samtidig som det sies noe om innholdet. Kontakten kan f.eks. også innbefatte telefonkontakt, e-post, sms mv".

Ordlyden er vag, men dette er også tilsiktet: En ville ikke legge føringer på hvor stort samværet skulle være – i samme proposisjon ble det vedtatt at "vanlig samvær" ikke skulle

⁶⁹ Ot.prp.11(2005-2006) s. 13 og 14

⁷⁰ Otprp.103(2004-2005)

endres. Således valgte man en mellomløsning ved å gjøre ”best mulig foreldrekontakt” til et skjønn. Bakgrunnen er at hvert tilfelle er forskjellig fra et annet - barn har ulike biologiske og psykologiske behov. Foreldrenes grad av positive eller negative egenskaper og dets innflytelse på barnet varierer. For eksempel kan visse omstendigheter være negativt utslagsgivende for et sensitivt barn, mens det kan takles av et annet robust barn og for den saks skyld være styrkende. På den annen side kunne en viss presisering vært fordelaktig, da lovteksten er særdeles vag og generell, og skaper lite rettslig forutberegnelighet og avklaring.

12.4 Momentet og rettspraksis

Jeg fant ingen samværsdom hvor best mulig foreldrekontakt var satt i sammenheng med den nye lovbestemmelsen. I saker om *foreldreansvar* og *daglig omsorg* finnes uttallige saker som avgjøres på grunnlag av hvem som best kan sikre foreldrekontakten.

Bostedsforelderens evne til å sikre foreldrekontakt er ofte et viktig moment når det skal tas stilling til hvem som skal ha daglig omsorg.

I enkelte lagmannsrettssaker om samvær nevnes momentet, men uten henvisning til den nye lovbestemmelsen.

I 2006 anførte far at best mulig foreldrekontakt for 5-åringen ville sikres ved samværsrett, men lagmannsretten overså hensynet helt og det ble ikke engang nevnt⁷¹. Riktignok hadde far bortført barnet, og samvær ble ikke innvilget. Utfallet ble det samme i en annen dom⁷². I 2006⁷³ ble det innvilget utvidet samvær for barn på 5 og 6 år. Status quo-prinsippet var avgjørende, men det ble også uttalt at barna med en slik ordning hadde god samlet foreldrekontakt.

⁷¹ LA-2006-62332

⁷² LB-2006-183038

⁷³ LB-2006-94903

12.4 Oppsummering og kommentarer

Overraskende nok brukes ikke den nye lovbestemmelsen når omfanget av *samvær* skal fastsettes, til tross for at den nå er over ett år gammel. Det tyder på at en rettsutvikling på området kan ta lang tid. Samværsforelderen har foreløpig ingen holdepunkter når denne reiser sak om samvær: hensynet til best mulig foreldrekontakt tas stort sett kun i betraktning forbindelse med saker om foreldreansvar eller daglig omsorg.

13. Foreldrenes personlige egenskaper

13. 1. Problemstilling:

Hva slags egenskaper anses nødvendig når samvær skal fastsettes?

13. 2. Oversikt og begrunnelse for momentet

Koch og Walstad fremhever at kravene til personlige egenskaper er annerledes og mindre omfattende i samværsaker enn i saker om fast omsorg og foreldreansvar. Dette gjelder særlig saker om lite samvær; noe annet kan fremstå som urimelig⁷⁴. Kjølberg og Johansen har et liknende utgangspunkt- en separat vurdering må foretas i samværsaker⁷⁵. Likevel er psykologiens utgangspunkt at barnet er *”tjent med en samværsordning som framstår som forutsigbar, pålitelig og forståelig”*⁷⁶. Dette har klar sammenheng med personlige egenskaper, og hovedtanken bak momentet er å ivareta barnets utvikling og behov. Barnets behov må altså sees i sammenheng med hva foreldrene kan tilby.

13. 2. Utdypning av momentet

13.2.1 Evnen til å sette barnets behov foran sine egne

For det første er det å se barnets behov og sette dem foran sine egne en faktor for seg. Foreldrene må evne å skille behovene⁷⁷. Eksempelvis krever et sensitivt barn mer

⁷⁴ Koch og Walstad s. 81

⁷⁵ Kjølberg og Johansen s. 107

⁷⁶ Koch og Walstad s. 78

⁷⁷ Koch og Walstad s. 106

ivaretagelse enn et robust barn, og da må samværsforelderen evne å oppfylle dette. Evnen til å forstå barnet og gi emosjonell omsorg er også en nødvendighet⁷⁸. I 2004⁷⁹ la høyesterett vekt på hvorvidt to handicappede tvillingers særskilte behov ble ivaretatt under samvær. Mor fikk stort sett bare feriesamvær, da hun ikke hadde tilstrekkelige evner til å ivareta disse behovene. Lagmannsretten lot ikke far få samvær med 4-åring i 2005⁸⁰. Det avgjørende var at barnet hadde særskilte behov faren ikke kunne ivareta.

Holgensen og Tellefsen fremholder at å sørge for barnets behov også innebærer at forelderen må ha praktiske egenskaper. For eksempel innebærer dette daglig hjelp til lekser, påkledning, mat, oppfølging i barnehage og skoler, henting og bringing til fritidsaktiviteter⁸¹.

13.2.2. Rolig, forutsigbar og stabil forelder

For det andre er evnen til å være rolig, forutsigbar og stabil viktig for barnets følelse av trygghet med samværsforelderen. Den voksne må sørge for at forholdet er varig og normalt forutsigbart⁸². I 2005 viste høyesterett til at vitner hadde beskrevet far som rolig, noe som fikk positiv innvirkning på samværet. Den tidligere samværsavtalen mellom partene ble videreført⁸³. Motsetningsvis kan uforutsigbare foreldre, som f.eks hyppig skifter bopæl, arbeid eller kjæresten, få begrenset samvær. Dette var tilfellet i lagmannsretten 2002⁸⁴, der far var uforutsigbar og ustabil på nevnte områder. Han fikk ikke hyppig samvær. Smith og Lødrup fremholder at samvær bør begrenses under slike forhold⁸⁵. I begrepet stabil forelder ligger også evnen til å sette grenser, for eksempel angående lekser, tv-titting, leggetid osv.

⁷⁸ Koch og Walstad s. 97

⁷⁹ Rt-2004-47

⁸⁰ LB-2005-171872

⁸¹ Holgensen og Tellefsen s. 67

⁸² Koch og Walstad s. 98

⁸³ Rt-2005-s.682

⁸⁴ LG-2002-00516

⁸⁵ Smith og Lødrup s. 174

13. 2.3. Samarbeidsevner

Evner til å samarbeide med den andre forelderen har positiv innvirkning på samværsomfanget. Forelderen bør klare å sette sin egen bitterhet til side, kommunisere og være høflig slik at et minimum av samarbeid finner sted. Videre må man akseptere rollen som samværsforelder. Koch og Walstad hevder at slike egenskaper taler for utvidet samvær⁸⁶, og at samarbeidsevner må være sentralt i alle saker. Sistnevnte synspunkt støttes ikke av høyesterett, som i 1996 fastslo følgende: *”Det er åpenbart barnelovens forutsetning at samværsrett ikke skal knyttes til en forutsetning om samarbeid mellom foreldrene. En annen forståelse av loven ville lett kunne gjøre samværsreglene ineffektive i praksis”*⁸⁷. Men lagmannsretten har mange avgjørelser hvor samarbeidsevner innvirker på sakens resultat. Eksempelvis fikk far i 2004 samvær bare fire ganger i året pga mors manglende samarbeidsevner⁸⁸. I 2006⁸⁹ ble det uttalt at samarbeid er en plikt som må oppfylles for at samvær skulle kunne finne sted.

13. 2.4. Aktiviteter og tid til barnet

Et variert liv med sunne og utviklingsfremmede aktiviteter er bra for barnet. Om samværsforelderen bestreber dette, for eksempel med friluft aktiviteter sammen med barnet, eller følger opp barnet innen andre aktiviteter, kan det tale for utvidet samvær⁹⁰. Det er likevel ikke en forutsetning isolert sett. Men samværsforelderen bør i det minste ha tilstrekkelig *tid* til å ta seg av barnet og dets behov. Dessuten faller poenget med samvær bort om barnet overlates mye til seg selv. I Rt-2004⁹¹ fikk mor (som bodde langt unna omsorgsbasen) ikke ha samvær hjemme med sønnene sine. Et av argumentene var at hun ved å være på deres hjemsted, kunne følge med på deres sosiale aktiviteter. Lagmannsretten

⁸⁶ Koch og Walstad s. 134

⁸⁷ Rt-1996 s. 888

⁸⁸ LA-2004-4590

⁸⁹ LA-2006-34016

⁹⁰ Koch og Walstad s. 93

⁹¹ Rt-2004-47

la i 1997⁹² til grunn at 6- og 4-åringen ved hyppig samvær med far ville utvikle sunne gårdsinteresser, delta i bondekultur og uteaktiviteter. Likevel utgjorde det retten kalte ”utvidet , hyppig samvær” kun en dag ekstra i hver fjerde uke utover vanlig samvær.

14. Konfliktnivå

14.1. Problemstilling

Hvordan påvirker sterk konflikt mellom foreldrene samværsomfanget?

14.2 Oversikt og begrunnelse for momentet

En av de mest skadelige situasjonene for barnet ved samlivsbrudd, er å lide under foreldrenes konflikt. Men det fremholdes i juridisk teori, blant annet i Lødrup og Sverdrups ”Familierett”, at konflikten ikke skal påvirke *retten* til samvær. Derimot kan den påvirke samværsrettens *innhold*⁹³. En måte å dempe konsekvensene for barnet er å utarbeide en detaljert samværsplan eller en opptrappingsplan. I det følgende utdypes konflikt som moment i samværstvister.

14.3 Utdypning av momentet

Av hensyn til barnet er det svært viktig at det skjerms for graverende konflikter. I det følgende presenteres teori, forarbeider, rettspraksis og loven, for å se om bakgrunnsretten kan avhjelpe konfliktsituasjoner.

14.3.1. Forarbeider og konflikt

Problemstilling: Bidrar nyere forarbeider til avklaring?

Det mest relevante forarbeidet idag er av år 2004-2005. Konfliktnivå ble nevnt i to sammenhenger: 1) Som begrunnelse for å ikke foreta endring i bestemmelsen om vanlig samvær. Det ble nemlig konstatert at konfliktnivået kan øke dersom det vanlige samværet utvides. 2) Konfliktnivået ble antatt å bli lavere ved å styrke meklingsordningen.

Konsekvensen av hensynet til konfliktnivå i nr 1) er at prinsippet om best mulig

⁹² LF-1997-27

⁹³ Lødrup og Sverdrup s. 390.

foreldrekontakt i noen tilfelle mister betydning. Da kan barnets og samværsforelderens muligheter for utvidet samvær rammes. Konsekvensen av nr 2) er at konfliktnivået kan avhjelpest når det nytter å mekle. Noen spesifikk lovbestemmelse som regulerer konfliktnivå finnes imidlertid ikke. Hva gjelder *omfanget* av samværet har lovgiver lagt føringer på at utvidet samvær som hovedregel ikke er ønsket grunnet faren for konflikt. Gjeldende rett idag er derfor at domstolene må/kan løse konfliktnivået ved eget skjønn. Nyere forarbeider bidrar ikke til avklaring.

14.3.2. Loven og konflikt

Problemstilling: Legger loven føringer på hvordan konflikter påvirker samværet?

Indirekte medfører lovregelen om barnets beste at domstolene må foreta en konkret avveining for å skjerme barnet mot større konflikter. Men lovgiver har ikke inntatt konfliktnivå som faktor i den nye §43. 2. Loven legger ikke direkte føringer på at konfliktnivå har betydning for samværet.

14.3.3. Teori og konflikt

Problemstilling: I hvilken grad er det konsensus i teorien?

14.3.3.1 Juridisk teori om konflikt i samværsaker

Kjølberg og Johansen fremholder at konflikt spiller en stor rolle når samværet fastsettes. De nevner videre at en må være forsiktig med samvær når foreldrenes konflikt belaster omsorgsforelderen. I sammenheng med dette hevdes at slike uheldige situasjoner kan avhjelpest med så liten kontakt mellom foreldrene som mulig. Videre kan tilsyn dempe eventuelle skader. Og dess større konflikt, dess mer detaljert må retten sette opp en samværsplan⁹⁴. Smith og Lødrup har samme innstilling til samværsplan⁹⁵. Men de går lenger enn Kjølberg og Johansen; når konfliktnivået er høyt, må samværsrett begrenses eller nektes helt. Unneberg⁹⁶ har ingen teori om konflikter, men fremholder også at en detaljert samværsplan må fastsettes i slike tilfeller.

⁹⁴ Kjølberg og Johansen s. 106

⁹⁵ Smith og Lødrup s. 175

⁹⁶ Unneberg s. 72

Utover dette er det lite juridisk teori om konflikter. Teorien spriker- Kjølborg og Johansens teori om at samvær kan gjennomføres ved så liten kontakt mellom foreldrene som mulig, avviker fra Smith og Lødrup`s teori om at ved graverende konflikt må samværet være lite eller ingenting. Men det hersker enighet om at detaljerte samværsplaner må spille en stor rolle når konflikten mellom foreldrene er høy.

14.3.3.2 Psykologisk teori om konflikt i samværssaker

Koch og Walstad fremholder at konflikt(uansett nivå) må være et selvstendig vurderingstema i samværssaker⁹⁷. Videre fastholdes at samværssaker ofte dreier seg om helt andre ting enn samværsomfang og barnets beste, såkalte vikarierende substitutter⁹⁸. Slikt kan i seg selv medføre høyt konfliktnivå.

Mye samvær ved konflikt hevdes å være negativt for barnet. Men samvær *kan* likevel finne sted dersom en sørger for at barnet ikke merker konflikten⁹⁹. Dette er dels sammenfallende med Kjølborgs ovennevnte teori. En fare ved konflikter er at forelderen søker å posisjonere seg feks ved å skjemme bort barnet, slik at barnet vil føle ansvar for den voksnes behov¹⁰⁰. Videre hevdes at samværets hyppighet, varighet og innhold må vike når barns ve og vel er står i fare. Da må barnet skjermes mot samvær i sin helhet¹⁰¹. De utelater ikke muligheten for at samvær kan være til barnets beste i andre tilfeller.

Disse psykologiske teoriene viser at hensynet til barnets beste er nært knyttet til problemstillingen om hvorvidt konfliktnivå skal påvirke samværet. Siden barnets ve og vel anses som en faktor som kan begrense samværet, er det mulig bl§48 om vold og

⁹⁷ Koch og Walstad s. 113

⁹⁸ Koch og Walstad s. 114

⁹⁹ Koch og Walstad s. 119

¹⁰⁰ Koch og Walstad s. 121

¹⁰¹ Koch og Walstad s. 129

fysisk/psykisk skade ikke er uttømmende i realiteten. Med dette menes at psykologisk teori i ytterste konsekvens utvider den lovfestede skranken for samværsnekt.

Foreningen 2 foreldre hevder at det på 90-tallet ble lansert et konflikt-teorem¹⁰². Dette gikk ut på at foreldre ved sterk uenighet ikke behøvde å samarbeide, og at det derfor var fritt frem for den ene forelderen å sabotere samværet.

14.4 Høyt konfliktnivå og rettspraksis

I Rt 1996¹⁰³ var det spørsmål om far i det hele tatt skulle få samvær med sin 5 år gamle datter. Det ble fastsatt en meget detaljert opptrappingsplan grunnet sterk konflikt. Dette er i samsvar med Smith og Lødrup`s teori om at dess høyere konfliktnivået er, dess mer må planen være detaljert¹⁰⁴.

I Rt 2004¹⁰⁵ var det et svært høyt konfliktnivå mellom foreldrene. Saken dreide seg om samværsrett til to handicappede sønner. På grunn av konfliktnivået ble det fastsatt en detaljert samværsplan. Dette viser at vår høyeste rettsinstans mener detaljerte samværsplaner åpner for samværsmuligheter også ved høyt konfliktnivå. Det er likevel å bemerke at det retten kalte ”utstrakt samværsomfang” ble fastslått til kun å gjelde ferier. Kjølborg og Johansen mener at dommen er positiv fordi det fastsettes klare rammer, og negativ fordi detaljerte planer kan være gjenstand for videre konflikt mellom foreldrene. Da kan de nemlig tviholde på planen uten å måtte være fleksible¹⁰⁶.

Lagmannsretten kom i 2005¹⁰⁷ med en prinsipiell uttalelse om at høyt konfliktnivå ikke skal påvirke eller innskrenke samværet. Far fikk vanlig samværsrett med sønnen på 4 år. I en annen dom av 2005¹⁰⁸ ble det på grunnlag av høyt konfliktnivå fastsatt en detaljert

¹⁰² Magasinet ”2 foreldre” 4. 2004, s. 9

¹⁰³ Rt-1996-

¹⁰⁴ Smith og Lødrup s. 173

¹⁰⁵ Rt-2004-47

¹⁰⁶ Kjølborg og Johansen s. 107

¹⁰⁷ LA-2005-123201

¹⁰⁸ LA-2005-136932

opptrappingsplan for fars samvær med 7-årig sønn. Samværet ble innskrenket som følge av konfliktnivået. I en tredje dom av 2005¹⁰⁹ ble overnatting i ukedagene nektet pga høyt konfliktnivå, men det ble innvilget en dag ekstra i helgene istedenfor.

14.5 Oppsummering og kommentarer

Høyesterettspraksis viser at samvær som ellers kunne blitt nektet pga konflikt, søkes avhjulpet ved detaljerte planer. Nyere lagmannsrettspraksis viser samme linje.

Videre ser det ut til at både Smith og Kochs teori om svært begrenset eller intet samvær ved høy konflikt ikke har sterk betydning for retten. Det samme gjelder konflikteoremet. Studiet av dommer viser at en må helt tilbake til 90-tallet for å finne generell støtte for en slik linje. At loven mangler en direkte regel om konfliktnivå kan være en årsak. En annen grunn kan være at prinsippet om samvær til barnets beste har slått røtter også i de mest fastlåste sakene. Graden av konflikt påvirker ikke samværet i like stor grad lenger; domstolene har utviklet en praksis på å utarbeide detaljplaner i slike tilfelle. Ting tyder på at Lødrup og Sverdrups teori (se fotnote 89) om at graden av konflikt ikke påvirker *retten* til samvær, men samværets *innhold* er gjeldende rett idag. Imidlertid inneholder dommene ingen redegjørelse for hvordan *omfanget* påvirkes, men en rekke saker resulterer i vanlig samværsrett. Det er likevel nærliggende å tro at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt i endel tilfelle må vike når det er høyt konfliktnivå, da *utvidet* samvær sjelden blir resultatet.

14.6 Kort om samværs sabotasje

Problemstillingen her er om omsorgsforelderens urettmessige sabotasje- som gjerne påvirker barnet- må gå foran hensynet om at samvær skal finne sted.

¹⁰⁹ LA-2005-177783

14.6.1 Teori

Når barnet skal ha samvær med den andre forelderen, hender det ofte at forelderen med omsorgsrett motsetter seg at samvær finner sted. I noen tilfeller er motviljen berettiget; det kan være sterkt negative forhold som skaper frykt for barnets vel. Men som det fremgår av en rekke saker presentert i øvrige deler av denne oppgaven, er nok det vanligste at forelderen har en ubegrunnet frykt som gjerne skyldes egoistiske holdninger.

Problemstillingen da er hva som veier tyngst: Hensynet til at barnet ikke skal lide under samvær pga konflikten som skapes, eller hensynet om at barnets samvær med den andre er til dets beste. Smith og Lødrups problematisering går ut på hva som skal gå foran; om forelderen belønnes ved kapitulasjon eller om samværet skader barnet¹¹⁰. Koch og Walstad er mest opptatt av at det er ubehagelig for omsorgsforelderen å stadig bli anklaget for ikke å støtte opp om samværet. De setter således hensynet til omsorgsforelderen foran prinsippet om at samvær er til barnets beste¹¹¹. I noen tilfeller er imidlertid sabotasjen og dens lite rasjonelle grunner så innarbeidet i barnets følelser at samvær kan skade det. I slike saker er det lite domstolene kan gjøre.

14.6.2 Rettspraksis

Dommen i Rt-2005¹¹² viser at rettsutviklingen har tatt en ny retning på området. Saken dreide seg om samvær med en 10-årig jente. Mor som hadde daglig omsorg, motsatte seg og vanskeliggjorde samværet med far. Høyesterett vektla at hun hadde forsømt ansvaret om å medvirke at far skulle få samvær. Det fantes ikke grunnlag for å nekte far samvær, tvert imot ble samvær med ham ansett å være til barnets beste. Følgen av mors opphetning av samværskonflikten ble at far fikk hovedomsorgen. Kjølberg og Johansen mener saken har gitt momentet ny aktualitet og presisert bostedsforelderens plikt til å medvirke til samvær¹¹³.

¹¹⁰ Smith og Lødrup s. 180

¹¹¹ Koch og Walstad s. 123

¹¹² Rr-30.05.2005

¹¹³ Kjølberg og Johansen s. 114

14.6.3 Oppsummering og kommentarer

Teoriens avveininger tyder på at hensynet til at barnet ikke må skades er viktigst. Men høyesterettsdommen indikerer en ny linje; sabotasje får rettslige konsekvenser for den som saboterer. Slike konsekvenser kan for eksempel være at hovedomsorgen overføres til den andre forelderen. Den eventuelle skaden barnet lider ved å være preget av sabotasje kan avhjelpes ved opptrappingsplaner.

15 Risikoen ved miljøskifte

15.1 Presentasjon av argumentet

Momentet baseres på at det ikke er til barnets beste å flytte¹¹⁴. Begrunnelsen er at forelderen bør unngå å utsette barnet for å miste det det er vant til. Skjørten deler inn begrepet i to: 1) Indre miljø, som har å gjøre med barnets trygghet og tilknytning til den forelderen det er vant til. 2) Ytre miljø. Dette er for eksempel skole/barnehage, slekt, venner, nærmiljø, fritidsaktiviteter etc. Det legges altså til grunn et *status quo*-prinsipp, som betyr at barn har det best ved å være der det er¹¹⁵.

Juridisk teori er knapp på området. Smith og Lødrup mener prinsippet om indre miljø kan spores tilbake til en uttalelse overlege Karen Margrethe Simonsen kom med helt tilbake i 1953. Uttalelsen er svært gammel, derfor finner jeg ingen grunn til å gjengi den i sin helhet. Den går ut på at miljøskifte er svært alvorlig for mindre barn. De bør ikke utsettes for å ha skiftende oppdragere, da er det bedre at det oppholder seg i et mindre gunstig miljø, om det er vant til det. Begrunnelsen er at det ikke skal miste den følelsesmessige tilknytningen til den forelderen det er vant til¹¹⁶. Men barneloven, samfunnsutviklingen og rettsoppfatningene har endret seg drastisk siden den gang.

¹¹⁴ Skjørten s. 73

¹¹⁵ Skjørten s. 73

¹¹⁶ Smith og Lødrup s. 141

I 2006 ble miljøhensyn inntatt som et moment i bl §43, det skal blant annet vektlegges i hvilken grad barnet er tilknyttet nærmiljøet. Merk at det kun var i politikerkomiteens behandling hensynet til nærmiljø kom for dagen: ”Komiteen viser til at små barn ofte vil være sterkere tilknyttet omsorgspersoner og ha mindre tilknytning til nærmiljøet. Dette momentet vil da som regel tillegges mindre vekt. For eldre barn vil venner og skole som regel ha større betydning. Komiteen viser videre til at dersom begge foreldrene etter et samlivsbrudd fortsetter å bo i det tidligere nærmiljøet, vil dette kunne legge til rette for omfattende samværsordninger. Det samme vil gjelde hvis barnet flytter, men har samvær med den av foreldrene som bor igjen i barnets tidligere nærmiljø. Komiteen vil på dette grunnlag fremme forslag om et tillegg i barneloven §43 om at det også vektlegges i hvilken grad barnet er knyttet til nærmiljøet, når omfanget av samvær skal avtales mellom foreldrene¹¹⁷

Dette nedfeller to viktige prinsipper: 1) Det presumeres at nærmiljøskifte er mindre alvorlig for små barn, men når det blir eldre øker viktigheten av å opprettholde sitt eget nærmiljø. 2) Såfremt begge foreldrene er bosatt i barnets nærmiljø, er alt tilrettelagt for omfattende samvær.

Det fremholdes fra ulike hold at komiteens syn (som nå er å finne i loven) innebærer at det straffer seg å flytte med barna dersom man ønsker mye samvær.

Både advokatforeningen og aleneforelderforeningen stilte seg positive til innstillingen¹¹⁸.

15.2 Momentet og rettspraksis

Hensynet til status quo er kanskje det mest omtalte hensynet domstolene bruker i barnefordelingssaker – men ikke i samværsretten. De fleste sakene i dette avsnittet omhandler daglig omsorg og foreldreansvar, da det foreligger få rene samværsavgjørelser

¹¹⁷ Innst.O.35(2005/2006)

¹¹⁸ Dagbladet 7/3-2006

på området. Sakene i dette avsnittet illustrerer likevel status quo-prinsippets betydning idag. Av plass- og aktualitetshensyn eksemplifiseres kun noen nyere dommer. Men det kan i denne sammenheng nevnes at et stort antall eldre saker har status quo som avgjørende faktor. Nyere linjer fra høyesterett viser imidlertid at flytting idag er mindre problematisk.

Det foreligger en helt ny dom fra høyesterett anno 16/3- 2007. Førstvoterende uttalte følgende om miljøhensynet¹¹⁹: *"Skal man gå mot deres ønsker, må det i tilfelle være fordi miljøskiftet ved flytting vil være skadelig, eller i det minste risikabelt, for dem. Jeg er kommet til at dette ikke vil være tilfelle. C og D er friske og velfungerende barn. De er sosiale og har lett for å få venner. De er allerede godt kjent i morens omgivelser, de bor hos henne 40 prosent av tiden og har etablert et nettverk også der. De vil fortsatt kunne opprettholde kontakten med miljøet rundt farens hjem, der de nå skal bo 40 prosent av tiden."*. Videre anså retten skoleskifte som det mest gjennomgripende hensynet. Resultatet ble likevel at mor fikk hovedomsorgen, og far en samværsrett på 40%. Barna var 12 og 9 år gamle, avgjørelsen er i tråd med komiteens synspunkter om at eldre barns synspunkter om sitt nærmiljø må vektlegges. Høyesterett henviste til Rt-1996-420 der flytting ikke ble ansett å være skadelig. Imidlertid måtte det være et vilkår at flytting ikke medførte vesentlig ulempe.

En ny lagmannsrettsdom er av 16/1-2007¹²⁰. Miljøskifte var uproblematisk, og mors foreldreansvar ble endret til samvær for et 7-årig tvillingpar. Hensynet til omsorgskompetanse gikk foran miljøskifte. Lagmannsretten¹²¹ drøftet status quo-prinsippet i 2006. Barna på 5 og 6 år ble flyttet, den andre forelderen fikk omfattende samvær. Dette er i tråd med komiteens teori om at yngre barn ikke lider under bytte av nærmiljø i samme grad som eldre barn. Men det er i strid med Smith og Lødrups teori om prinsippet at indre miljø, altså tilknytning, er viktig. I 2005 ble også hensynet til miljø underminert- hensynet til stabilitet gikk foran.

¹¹⁹ Rt-16/3-07

¹²⁰ LG-2006-91240

¹²¹ LB-2006-94903

På den annen side finnes det også noen nyere lagmannsrettsdommer som taler mot miljøskifte. Et eksempel er en avgjørelse fra 2006, hvor resultatet ble delt omsorg. Mor ble samværsforelder- miljøskifte veide tyngst og barna på 6 og 8 år fikk bo hos far¹²²

15.3 Oppsummering og kommentarer

De aller fleste nyere dommer jeg fant resulterte faktisk i at miljøhensynet måtte vike. Dette er nytt, for eldre rettspraksis har sterke tradisjoner om ikke å endre endre status quo. Å underminere miljøhensynet strider mot det meste av både teori og de nyeste forarbeidene på området. Såvidt jeg kan se, er det sakkyndiges uttalelser som har bidratt til den overraskende lagmannsrettsutviklingen som fullstendig underminerer miljøhensynets sterke tradisjoner. Imidlertid var de dommene som la avgjørende vekt på at miljøskifte ikke var aktuelt, svært klare på det. Men med høyesterettsdommen av 16/3-2007 kan ting tyde på at prinsippet igjen har fått høy relevans.

16 Praktiske forutsetninger

16.1 Arbeidstid/sted

En vellykket samværsordning krever at samværsforelderen har tid til barnet. De minste har særskilt behov for nærhet og stell, men også eldre barn trenger tilstedeværende foreldre. Arbeidsforhold er derfor en praktisk forutsetning som kan innvirke på samværets omfang og kvalitet. Lødrup og Sverdrup bruker et eksempel; vaktordninger og reiseavstand til jobb, for eksempel på Nordsjøen, kompliserer samværet¹²³. I Rt-1991¹²⁴ var det positivt utslagsgivende at far hadde vanlig arbeidstid slik at barnet ikke måtte overlates så mye til andre. I 1996 tilpasset høyesterett samværet etter forelderens skiftarbeid¹²⁵. I

¹²² LF 2006-42546

¹²³ Lødrup og Sverdrup s. 389

¹²⁴ Rt-1991-1148

¹²⁵ Rt-1996-420

lagmannsretten 2006¹²⁶ ble det vektlagt at far hadde fleksibel arbeidstid. Men arbeidstid vektlegges som oftest av partene- ikke retten.

16.2 Barnets venner

Koch og Walstad deler inn barnets relasjoner i forhold til alder. De minste barna har foreldrene som sin viktigste sosiale relasjon¹²⁷. Når barnet kommer i førskolealder utvikler det i større grad relasjoner med jevnaldrende, men først ved skolestart etablerer barn fastere relasjoner¹²⁸. Men en skal opp i 9-11 års alder før barnet har stabile og velkoordinerende forhold til andre barn¹²⁹. Barn fra 12 år og oppover utvikler gradvis sterkere bånd til vennemiljøet sitt fra 12-15 år, og fra 15-18 år har det i aller størst grad stabilitet og nær tilknytning til venner¹³⁰. I lys av dette ser det ut til at barn før skolestart lettere kan flyttes på, men at hensynet til barnets venner bør tas mer i betraktning etterhvert som det vokser til. Imidlertid vektlegger ikke lagmannsretten venner i samværssaker, bare i saker om foreldreansvar og saglig omsorg¹³¹. Høyesterett har derimot gått inn for en ny linje. I Rt 16/3-2007 var barnas egenskaper til å få venner et viktig moment. Det ble vektlagt at de kunne opprettholde kontakten med sitt gamle miljø ved 40% samvær med far.

16.3 Boligforhold og geografiske avstander

Materielle boforhold er normalt ikke av vesentlig betydning for samværet, det finnes ikke belegg for å anta at barn som har høyere materiell bostandard har bedre utvikling generelt sett. Imidlertid oppstilles et teorem om en minimumsstandard¹³²; foreldrene må ha en viss kompetanse til å tilrettelegge visse forhold. Hva dette innebærer beror på utvikling, alder og spesielle behov. Det siste ble behandlet i den tidligere nevnte høyesterettsdommen av

¹²⁶ LB-2006-34757

¹²⁷ Koch og Walstad s. 66

¹²⁸ Koch og Walstad s. 67

¹²⁹ Koch og Walstad s. 67

¹³⁰ Koch og Walstad s. 67

¹³¹ Eksempelvis LG-2005-93750, lg-2004-41331

¹³² Koch og Walstad s.

2004 om to handicappede brødre. Et moment i saken var at far hadde en spesielt tilrettelagt bolig. Samværsomfanget for moren ble derfor lite, og hun måtte pendle.

Geografiske avstander kan komplisere samværet, og det kan være stressende for barnet å stadig måtte avbryte hverdagen sin for å reise. Når det er store geografiske avstander bør gjerne lengre samvær enn feks en dag i uken avtales¹³³. Dette mener også Unneberg, som supplerer teorien med at korte samvær er direkte skadelig for barnet når avstanden er stor¹³⁴. De best fungerende samværsordningene er derfor at foreldrene ikke bor langt unna hverandre. Linjen ble fulgt opp av den tidligere nevnte politikerkomiteen i 2005, men det finnes per idag ingen regel som nekter hverken omsorgsforelderen eller samværsforelderen å være langt unna med barna. Rt 2005¹³⁵ illustrerer høyesteretts synspunkt på området. En pike på 10 år skulle skånes for pendling til mor, som bodde lang unna skolen hennes. I den forbindelse fikk mor begrenset samvær annenhver ferie.

16.4 Ikke splitte søsken

I endel tilfeller bør en unngå å splitte søsken. Dette skyldes viktigheten av å ha sunne relasjoner, og at søsken er gode støttespillere for hverandre. Koch fremholder også at søsken har tette bånd, deler sorger og gleder og er støttespillere for hverandre. Likevel er det ikke noe i veien for at søsken i enkelte tilfeller har samvær hos hver sin forelder. Et slikt differensiert samvær innebærer ikke nødvendigvis deling av søskenflokken. Noen ganger er det fordelaktig og nyttig med forskjellig samvær for søsknene

I Rt 1998¹³⁶ ble det vektlagt at et barn i fosterhjem hadde behov for kontakt med søsken, og utvidet samvær ble resultatet.

¹³³ Lødrup og Sverdrup s. 389

¹³⁴ Jussguiden s. 55

¹³⁵ Rt-2005-00853

¹³⁶ Rt-1998-1420

16. 5 Økonomi

Det finnes ingen regel om at høy materiell standard skal ha betydning for samværet.

Imidlertid bør foreldrene ha penger til mat og basismidler. Videre er det uheldig for barnet om pengemangel medfører manglende betaling av regninger, feks strøm og telefon¹³⁷. En minimumsstandard av økonomiske midler er altså et moment i samværsretten, men ikke et moment som brukes hyppig i rettsapparatet.

17. Reelle hensyn/dommernes egenvurderinger

17.1 Det formelle utgangspunktet for dommernes skjønn

Domstoloven §55 lyder: *”En dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet. En dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt.”*. Første ledd kan tolkes slik at dommeren står ganske fritt når han dømmer, men skjønnet begrenses av neste ledd; etter en naturlig forståelse av paragrafen skal dommeren være objektiv og handle på en måte som er tillitvekkende i samfunnet.

Tvistemålsloven § 85 bestemmer at domstolene ikke kan gå utover partenes påstander. Jo Hov nevner i denne sammenheng at poenget med slike regler er at domstolenes nøytralitet ikke skal settes i fare¹³⁸. Regelen har ikke direkte sammenheng med skjønnskompetanse, men illustrerer prinsippet om at norsk rett skal bygge på upartiskhet.

I tillegg kommer den ulovfestede retten- Eckhoff oppstiller krav til saklighet for domstolenes vurderinger¹³⁹. Saklighetskravet har lange tradisjoner i norsk rett, og er derfor konstitusjonell sedvane.

17.2 Hvilken rolle har egenvurderinger i realiteten?

Symptomatisk for barnesaker er at de har høy kompleksitet da de angår barns fremtid.

Videre er det mange følelser involvert- foreldrene er ofte skeptiske til hverandres evne til å ta vare på barnet. Som de andre skjønnsmomentene illustrerer, har foreldrene ofte

¹³⁷ Koch og Walstad s. 83

¹³⁸ Jo Hov s. 96

¹³⁹ Eckhoff s. 372

interesser som i realiteten har med egne behov å gjøre, ikke nødvendigvis barnets behov. Det er derfor viktig at dommerne evner å resonnerer fornuftig på et saklig, ikke emosjonelt grunnlag. Men dommerne lar seg ikke sjelden rive med på en måte som ikke fyller kravene til saklighet og upartiskhet. Faktorer som spiller inn er dommernes kjønn, alder, politiske preferanser, privatliv og ubevissthet rundt erfaringer som har formet dem psykologisk. Om de har barn selv kan risikoen for ubevisst medhold økes ytterligere. Slike holdninger er ikke akseptable i norsk rett. Eckhoff påpeker at personlige sympatier eller antipatier er utenforliggende hensyn¹⁴⁰.

Når dommerne på et bevisst grunnlag tar parti i en sak, forsøker de som regel å skjule dette. Eckhoff forklarer dette med at den europeiske maktfordelingsideologien om at lovgiver *skaper* retten, mens domstolene *anvender* den, gjør at dommerne føler det illegitimt å offentliggjøre egenvurderinger. Eckhoff påpeker også faren for at saker ikke blir fullstendig analysert når egenvurderinger skjules¹⁴¹. Imidlertid hevder Eckhoff at det har skjedd en viss utvikling i åpenheten det siste tiåret, med positive utslag¹⁴². Et nyere eksempel fra samværssaker er Rt-2006-247. Førstvoterende la ikke skjul på sine egne vurderinger. Han uttalte at tiden *etter hans syn* ikke var moden for overnattingssamvær hos mor, og at det *etter hans mening* ikke var grunnlag for å utvide samværet. Det interessante med denne saken, som har en langt høyere åpenhetsgrad enn høyesterettsdommene generelt, er at det unntaksvis ikke var brukt sakkyndige i saken.

I sakkyndighetssaker kommer domstolenes egenvurderinger svært sjelden åpent fram. Et nyere eksempel er Rt-2006-1672. Saken omhandler samvær og barnevern. Det interessante med saken er at høyesteretts formelle egenvurderinger var basert på barnevernloven og fylkesnemdas syn. Men i realiteten er avgjørelsen helt i tråd med sakkyndiges syn, som er referert med hele tre sider i dommen. Dette er en indikator på at retten har en tendens til å skjule egenvurderinger i sakkyndighetssaker. Årsaken til dette kan være en frykt for at det

¹⁴⁰ Eckhoff s. 372

¹⁴¹ Eckhoff s. 399

¹⁴² Eckhoff s. 399

oppfattes illegitimt å bygge på sakkyndighetsvurderinger når andre sterke rettskildefaktorer som lov og offentlig praksis foreligger. Også teorien om kjønnspreferanser og partiskhet er aktuelt i denne saken. Uten nærmere begrunnelser, fastslo retten at samvær med mor måtte prioriteres høyere enn samvær med far.

Etter mitt skjønn er skjulte egenvurderinger svært problematisk. Det er uheldig for rettssikkerheten, og setter de formelle skjønnsmomentenes vekt i fare.

Konsekvensene kan være særlig store i barnesaker da de i høy grad baseres på ulovfestede prinsipper. For å sikre at avgjørelsene er rettslig holdbare og basert på likevekt mellom partene, er behovet for åpenhet stort.

18. Samværsnekt: Når kan/skal samvær nektes eller begrenses?

18.1 Oversikt

Det skal svært mye til for å fravike hovedregelen om at samvær skal finne sted. Bl §48 er en unntaksregel om at samvær ikke skal gjennomføres dersom det er i strid med barnets beste. Ordlyden er noe vag, og avgjørelsen av hva som ikke er til barnets beste må bygge på et vidt skjønn. Forarbeidene gir en viss veiledning: Bestemmelsen skal ta sikte på å hindre samvær dersom det er fare for fysiske eller psykiske overgrep¹⁴³. Lovgiver sikter altså til graverende forhold. Om man tolker lovgiver antitetisk, kan det tyde på at mindre alvorlige omstendigheter ikke rammer samværet. Høyesterett fastslo i 1996 at det må foreligge negative omstendigheter utover *normal variasjonsbredde* for å nekte samvær¹⁴⁴. Smith og Lødrup mener likevel at samvær også kan nektes dersom barnet ikke ønsker det og samvær virker opprivende.

¹⁴³ Ot.prp 103

¹⁴⁴ Rt-1996-888

18.2 Nærmere om faktorer som kan medføre samværsnekt

18.2.1 Overgrep

Det hersker enighet i praksis og teori at overgrep i utgangspunktet kan medføre samværsnekt. Med overgrep menes seksuelle overgrep, vold eller graverende tilfeller som setter fysisk eller psykisk helse i fare. Etter min mening er overgrep det viktigste hensynet mot samværsrett. I 2006 ble det under barne- og likestillingsministeren utarbeidet en ny veiledning til barnevernet, som tar sikte på å beskytte barn mot overgrep under samvær. Det som imidlertid er vel så interessant ved publikasjonen, er at den fastslår at det er en like viktig oppgave å avdekke *ubegrunnede mistanker* om overgrep. Dette er nytt på samværsrettens område, og kan bedre situasjonen for fedre som er blitt nektet/forsøkt nektet samvær på grunn av urettmessige mistanker.

18.2.2 Rusmisbruk

Rusmisbruk er problematisk under samvær: Forelderen forandrer adferd, dette kan medføre usikkerhet og redsel hos barnet. Rusmisbruk har ikke sjelden en sammenheng med at forelderen setter egne behov foran barnet¹⁴⁵. Men gradene av rusmisbruk varierer, og det viktigste momentet må være om forelderen er istand til å ta vare på barnet. Det må derfor utvises forsiktighet i å konstatere at rusmisbruk generelt skal medføre samværsnekt. Høyesterett fastslo i 1996 s.888 at fordi fars forhold til rusmisbruk var bedret, var det ikke grunnlag for å slutte at han kunne skade datteren under samvær.

Fortidig rusmisbruk er noe annet enn nåværende rusmisbruk, og retten må klare å skille dette fra hverandre i den grad momentet trekkes inn når samværet skal fastsettes.

18.2.2.Høy konflikt

Dette momentet er drøftet i kapittel 14 om konfliktnivå og kapittel 23 om likestilling. Jeg nøyer meg her med å si at hovedregelen er at dårlig samarbeidsklima ikke skal medføre

¹⁴⁵ Koch og Walstad s. 150

samværsnekt. Men i praksis skaper konfliktnivået i enkelte tilfeller tvil om samvær skal finne sted, se også her Rt-1996 s. 888. Kjølborg og Johansen hevder at dersom det også foreligger andre konfliktrelaterte momenter, kan samvær nektes¹⁴⁶.

18.2.3.Andre momenter

Negative personlige egenskaper er nevnt som et moment hos Kjølborg og Johansen¹⁴⁷. Høyesterett har i Rt 1996 s. 888 og i Rt 1989 s. 148 forutsatt at dette vil kunne begrunne samværsnekt. Men 1996-dommen fastslår, som tidligere nevnt, at det skal negative egenskaper utover normal variasjonsbredde til for dette. Det finnes ikke høyesterettsavgjørelser som faktisk har underkjent samværsrett på dette grunnlaget, ifølge Kjølborg og Johansen. Momentet er heller ikke nevnt i lov og forarbeider. Når det foreligger negative egenskaper hos samværsforelderen, feks psykiske lidelser og suicidal tanker, må det også her foretas en konkret vurdering av alvorlighetsgraden. Dette fordi det i endel tilfeller finnes foreldre som fungerer godt med *barnet* under samvær likevel. Det springende punkt må derfor være om de negative personlige egenskapene medfører alvorlig svikt i samværskompetansen.

18.2.4.Barnets motvilje eller frykt

Kjølborg og Johansen hevder at å gjennomføre samvær ved motvilje kan være et overgrep¹⁴⁸. Utsagnet om motvilje som overgrep har imidlertid ikke støtte i hverken juridisk teori eller rettspraksis. Men om motviljen er sterk grunnet utilbørlig påvirkning som har ført til foreldrefiendtlighetssyndromet, er det lite domstolene kan gjøre.

Rt 2004¹⁴⁹ er et eksempel på at samvær nektes pga barnets motvilje, uten at det var belegg for å anta at foreldrene var uskikket til samvær. Saken er en fosterhjemssak, men det var

¹⁴⁶ Kjølborg og Johansen s. 111

¹⁴⁷ Kjølborg og Johansen s. 110

¹⁴⁸ Kjølborg og Johansen s. 111

¹⁴⁹ Rt-2004-1046

ikke tale om alvorlig omsorgssvikt eller overgrep under sakens gang. Både Kjølbergs teori og dommen er i strid med regelen om at samvær kun skal nektes ved alvorlige forhold.

18.2.5.Kort om tilsyn kan avhjelpe momentene om samværsnekt

Tilsyn betyr at det ved spesielle tilfeller skal utnevnes en tredjeperson til å være til stede under samværet. En slik ordning er inngripende. På den annen side er den gunstig da den åpner for samvær i tilfeller som ellers kunne ha medført samværsnekt. Bestemmelsen er hjemlet i barneloven §43-3, hvis innhold er at det kan settes vilkår for samværet. 1. januar 2007 trådte en ny bestemmelse i kraft i samme ledd. Det ble lovfestet at departementet kan pålegges å utnevne tilsynsperson, når foreldrene ikke blir enige om eller finner en skikket person. Av ot.prp.11-2006 følger at dette skal skje under ”særlige tilfeller”. En konsekvens av bestemmelsen er at mer samvær kan finne sted - i mange tilfeller blir samvær ikke gjennomført fordi man ikke finner- eller ikke blir enige om – tilsynsperson. Men ettersom tilsyn er svært inngripende, må retten utvise godt skjønn på om tilsyn er nødvendig i den enkelte sak. I mange tilfeller holder det med tilsyn i en opptrappingsfase.

Etter mitt skjønn kan tilsyn (såfremt det er en person med gode evner til å være diskret og skape tillit) avhjelpe de fleste situasjoner hvor spørsmålet om samværsnekt kommer på spissen. Tilsynspersonen kan feks ha en vaktrolle når det er fare for overgrep, eller påse at rusmisbruk ikke finner sted under samværet. Et vellykket samvær under tilsyn fordrer likevel at samværsforelderen ikke fremtrer på en truende eller svært utagerende/ustabil måte når samværet finner sted, og at samværet ikke skaper svært alvorlige traumer for barnet.

Del 3: Samlet vurdering av nåværende rett og signaler for fremtiden

19. Sakkyndiges rolle og innflytelse

Sakkyndiges meninger er isolert sett ikke ansett som en rettskildefaktor i Norge. Men dette betyr ikke at deres rolle er ubetydelig. Samfunnet blir stadig mer komplekst, dette influerer

også rettssaker, ifølge Jo Hov ¹⁵⁰. Behovet for spisskompetanse utover dommernes juridiske kompetanse er derfor nødvendig i et stort antall saker. Retten har ingen *plikt* til å følge sakkyndiges syn, men i realiteten gjør de det vanligvis¹⁵¹. En rettslig interessant problemstilling er imidlertid hvorvidt de har *rett* til å avgjøre tvister utelukkende på sakkyndiges syn. Under Norges eldre prosessordning fantes det noe som kaltes *bevisende skjønn*, som bandt overinstansene. Historiske betraktninger utover dette er irrelevant her, men Jo Hov fremmer et svært viktig poeng i kjølvannet av det gamle *bevisende skjønnet*: Dette skal *ikke* forekomme i norsk rett idag, det er domstolene, ikke den sakkyndige, som skal ta stilling til spørsmålene rundt rettsavgjørelsen¹⁵². Jeg mener at man ut fra dette kan utlede et likevektsprinsipp i samværsretten; alle relevante rettskildefaktorer må analyseres og veies opp mot hverandre.

Det er uomstridt at behovet for sakkyndiges uttalelser er stort i samværsretten. Eksempelvis kan det til en viss grad klargjøre barnets behov og dets beste. Men i lys av rettsteori oppstår en særskilt problemstilling: Går retten *for langt* i å følge sakkyndige i samværsssaker, slik at forholdet til andre rettskilder og formelle saksbehandlingsregler¹⁵³ blir ubalansert?

Barne- og familedepartementet har publisert en veiledning om sakkyndiges rolle. I denne legges det stor vekt på at dommerne nå gir sakkyndige et mandat til å utføre arbeidsoppgaver for dommeren etter nærmere avtale. Men ut fra lovens naturlige ordlyd i §63.1, ser det mer ut til sakkyndiges hovedoppgave skal være å komme med uttalelser. Ordet mandat er ikke nevnt. Det eneste som ellers går frem av loven er at det *kan* oppnevnes en sakkyndig under mekling, at den sakkyndige *kan* bistå under avhør og at retten *kan* fastsette oppgaver for den sakkyndige. En slik bistand anser jeg i endel tilfeller som formålstjenlig. Men ”mandatet” som departementet nevner går etter mitt skjønn vel langt i forhold til både paragrafens hovedbetydning og nøytralitetshensynet, som har stor

¹⁵⁰ Jo Hov s. 225

¹⁵¹ Jo Hov s. 225

¹⁵² Ho Hov s.225

¹⁵³ Se kapittel 17.1 om formelle domstolsregler

betydning i norsk rett. Jeg mener at sakkyndiges hovedoppgave bør begrenses til å komme med uttalelser, slik det fremgår av hovedregelen i §61.3. Jeg mener også at retten av eget tiltak plikter å utrede rettskildefaktorene i sin helhet for å sikre at saken er tilstrekkelig analysert.

NOU 1995:23 omhandler sakkyndiges rolle i barnesaker og kvalitetssikring av denne. Departementets utvalg besto kun av sakkyndige, noe som i seg selv indikerer hvor stor innflytelse de har. Utvalget fastslår at det finnes en formell rolledeling av fagkyndige: Sakkyndige arbeidere, sakkyndige vitner og privat fremførte vitner. Videre heter det at den sakkyndige er en objektiv og nøytral part¹⁵⁴. Etter min mening er virkeligheten annerledes. På samme måte som dommerne, tar sakkyndiges meninger farge av privatliv, preferanser, kjønn mv. Legger man videre psykologisk teori til grunn, feks Koch og Walstads syn som er rikelig behandlet i denne oppgaven, ser det ut til at det i endel tilfeller fortsatt gjelder en morspresumsjon i samværsretten. Om nøytraliteten skal sikres, mener jeg at de andre rettskildefaktorene må komme på høyde med sakkyndiges uttalelser.

Ut fra rettspraksis ser man at realiteten tradisjonelt sett er avvikende fra alle ovennevnte hensyn. De fleste dommene som tidligere er behandlet i oppgaven, ble avsagt i tråd med sakkyndiges vurderinger. Formelt sett har retten begrunnet avgjørelsene med andre faktorer, særlig med barnets mening og konfliktnivå.

Et symptomatisk trekk ved sakene er at rettens uttalelser og avveininger av andre rettskildefaktorer behandles knappere enn uttalelser fra sakkyndige. Et annet symptomatisk trekk er at noen sakkyndige fortsatt legger en morspresumsjon til grunn. Ovennevnte momenter finnes feks LB-2004¹⁵⁵ (behandlet i avsnitt 9.4). Her ble lite samvær med far begrunnet med mulige psykiske problemer etter sakkyndiges syn. Et annet eksempel er Rt-1986-82. Samværsomfanget for far ble svært lite i tråd med sakkyndiges oppfatning. Det forelå ingen omstendigheter som tilsa at fars samværskompetanse var dårlig, men det ble

¹⁵⁴ NOU-1995-23 s. 7

¹⁵⁵ LB-2004-5922

vektlagt at han opptrådte plagsomt overfor moren. Høyesterett brukte ingen andre faktorer enn sakkyndiges syn. I tillegg satte følgende uttalelse fra sakkyndige fars samværsrett for fremtiden i fare: *”Skulle faren plage moren vil det være best for barnet at samværet mellom far og barn opphører, slik at den enheten mor-barn utgjør, skjermes helt for faren.»* Dette er et eksempel på at morspresumsjonen anno 1956 fortsatt ble brukt av sakkyndige til tross for den formelle opphevelsen i 1981.

Imidlertid foreligger signaler om en ny utvikling; de seneste par årene har samvær opptil 50% preget rettssakene, og sakkyndige er blitt noe mer tilbøyelige til å følge denne trenden. Et eksempel er LA-2006-62332. Saken gjaldt blant annet spørsmål om 50% samvær. Den sakkyndige korrigerte sitt eget tidligere syn, og kom frem til at mye samvær med far ville dempe eventuelle skader ved mors manglende egenskaper på enkelte punkter.

En slik utvikling anser jeg som heldig, og jeg mener en lovendring som går mot 50/50 vil bidra til at de sakkyndige som holder fast på morspresumsjonen må innrette seg etter samfunnsutviklingen. En må likevel ha for øyet at hver sak er individuell, og at en ikke kan trekke paralleller mellom sakene i stor grad. Men dersom loven endres til 50/50, bør mandatet til sakkyndige presiseres. Dette kan gjøres ved å understreke hovedregelen om samværsomfanget, og gi sakkyndige spillerom, men med en begrensning: Dersom sakkyndige ikke anbefaler 50/50 må slike unntak begrunnes nøye og tydelig. Min hensiktsmessighetsvurdering forøvrig fremgår av avsnitt 19.1.

20. Samlet vurdering av rettspraksis

Problemstilling: Er dagens rettsbilde hensiktsmessig? Kan man utlede noe om signaler for fremtiden? Her drøftes de skjønnsmomentene jeg anser for å være kontroversielle.

Når det gjelder *sakens historikk* er det noen ganger tendenser til forfordeling av den forelderen som har tatt seg av barnet. Dette gjelder for det meste de tilfeller hvor samværsforelderen (som oftest far) ikke har fått kommet på banen. Det er en psykologisk presumsjon at barnet i sitt første leveår ikke hyppig skal adskilles fra mor. Men det ser ut til at man i noen unntakstilfeller står overfor et juridisk paradoks: Enkelte tålmodige fedre

som respekterer dette, og av samme grunn venter med samvær til barnet blir eldre, risikerer senere bli innvilget lite samvær. Dette begrunnes gjerne med at barnet kan føle seg utrygg hos en fremmed forelder. Jeg ser her et presserende behov for å involvere far snarest. Men her kan tilføyes at Stephen Von Tetzchner har foretatt en undersøkelse om tilknytning. I starten er barnet 95% tilknyttet mor, mot 30% tilknyttet far. Ved 18 mnd er tilknytningen *tilnærmet likt*. Når situasjonen likevel er slik at far og barn ikke har hatt kontakt med hverandre, bør retten avhjelpe situasjonen snarest. Er barnets tillit til samværsforelderen liten, bør man ha en opptrappingsplan. Tendenser viser at opptrappingsplaner brukes mer idag. Uansett er mitt hovedpoeng at sakens historikk ikke under noen omstendighet bør spolere barnets fremtidige samværsomfang med far.

Momentet *barnets mening* anser jeg som ganske stabilt forankret, men jeg har en kommentar på området; tendenser viser at barnets mening teller mindre i saker hvor det er mistanke om utilbørlig påvirkning fra den ene forelderen. Foreldrefiendtlighetssyndromet har tatt plass i norsk rett, og kan og bør influere synet på barnets mening hvor barnet er manipulert. I de tilfeller barnet er bearbeidet så sterkt at det motsetter seg samvær fullstendig, er det enda ikke funnet en rettslig løsning. Jeg foreslår her bruk av opptrappingsplan og/eller psykolog. Eventuelt kan tilsyn med en person barnet har tillit til være hensiktsmessig i en overgangsperiode. For de mest traumatiske tilfellene må nok barnets mening følges.

Foreldrefiendtlighetssyndromet har også sammenheng med *konfliktnivå*, og ikke sjelden står en overfor situasjoner hvor den ene forelderen søker å sabotere samværet. Utover det som fremgår av avsnitt 14.6, vil jeg nevne at samværs sabotasje etter mitt syn bør sanksjoneres. Forelderen som unnlater å samarbeide bør vurderes fratatt den daglige omsorg fordi han/hun underminerer barnets beste. Det ser ut til at dette er i ferd med å utvikle seg til gjeldende rett. Videre bør utvidet samvær finne sted slik at barnet har mulighet til jevnlig kontakt med en stabil forelder. Frode Thuen(2004) har ved en undersøkelse om samværsfedre funnet ut at 56% har hatt alvorlige, langvarige konflikter i forbindelse med samvær. Skulle man i alle disse tilfellene avskjære samvær pga høyt

konfliktnivå, ville det betydd at flertallet av barn ved samværskonflikt mistet kontakt med far. Dette illustrerer at konfliktnivå som avskjæringsgrunnlag må brukes med stor forsiktighet.

Tendensen går imidlertid i retning av at konfliktnivået idag søkes avhjulpet gjennom den nye meklingsordningen, og når dette ikke hjelper fastsetter retten opptrappingsplaner. Dette er etter mitt skjønn en positiv utvikling. Men mye gjenstår, og jeg mener en regel om 50/50 ville redusert antall konflikter betraktelig. Slik lovbestemmelsen er idag, gir den nærmest signaler om en morspresumsjon, noe som nok influerer mødres holdninger. Jeg mener derfor at lovgivers uttalelser i otprp.11-2005-2006 om at lovfestet utvidet samvær medfører konflikthet, virker totalt mot sin hensikt.

Endelig har jeg bemerkninger til momentet *best mulig samlet foreldrekontakt*, og *status-quo-prinsippet*, men dette drøftes under i henholdsvis avsnittet om vanlig samvær og avsnittet om flytting av barna.

21. Økonomi

Regelverket idag er slik at det kun er den barnet bor fast hos som får skattefradrag. Foreldre som på papiret er enslige forsørgere får med dagens ordning ca 60 000 kr ekstra i året i skattefradrag, barnetrygd (som er dobbel for enslige foreldre), foreldrefradrag og barnetilsyn¹⁵⁶. I tillegg kommer barnebidraget. I den forbindelse kom likestillingsombudet den 8/3-07 med en uttalelse¹⁵⁷. Uttalelsen går ut på at de fleste barn bor fast hos mor etter samlivsbrudd, og at dette rammer menn. De blir, ifølge ombudet, utsatt for en indirekte forskjellsbehandling som påvirker samværet. I lys av dette påpeker ombudet at de ikke har påvirkningsmulighet på reglene, og at domstolene derfor plikter å følge likestillingsloven. Likestilling blir drøftet i neste kapittel. Jeg nøyer meg her med å påpeke at dagens regler om skattefradrag i klasse 2 samt de andre økonomiske godene er nok et moment som kan medføre skjevfordeling. Det er svært interessant at ombudet i denne sammenheng henviser til likestillingsloven. Dette er et signal om at domstolene plikter å ta med økonomi som et

¹⁵⁶ "Dine penger-online"-9/2-2005

¹⁵⁷ www.lido.no/Kjonn/Forside/Foreldrerett-barnebidrag-og-samvar/

moment når samværet fastsettes. Med andre ord må domstolene ha for øyet at økonomi-interesser kan være en skjult agenda hos den som har daglig omsorg. Videre ser det ut til at likestillingsombudet er sterkt imot dagens fradragsregler, og ønsker at domstolene skal gjøre noe med dette. I tråd med prinsippet om at domstolene skal *håndheve* og ikke *utforme* regler, anser jeg det imidlertid som umulig at domstolene alene kan avhjelpe situasjonen. Derfor bør lovgiver utforme nye, mer jevnbyrdige regler som tilgodeser samværsforelderen i høyere grad. Etter mitt skjønn er det ikke bare et stort behov for det, men også en lovfestet plikt som følge av likestillingsloven. Dagens ordning kan reelt sett bety at samværet rammes av økonomiske agendaer. Dette anser jeg ikke som holdbart.

22. Flytting- nye signaler? Hensiktsmessighetsvurdering

I avsnitt 15.1 ble innst.otrp-35(2005-2006)behandlet. Denne innstillingen gikk blant annet ut på at samværet kan/bør være omfattende når foreldrene bor i nærheten av hverandre. Etter mitt skjønn signaliserer dette til en ny linje fra lovgiver: Omfattende samvær er et gode når foreldrene bor nær hverandre, fordi det da tas hensyn til barnets nærmiljø. Det er fra ulike hold hevdet at det etter bestemmelsen trådte i kraft, gjør det vanskeligere å flytte med barna. Slik jeg tolker forarbeidene følger det ikke av ordlyden. Imidlertid er det nye leddet i loven en indikator på at en utvikling er igang. Men selvom utvidet samvær blir ansett som positivt, har samværsforelderen fortsatt liten innflytelse på hvor barnet skal bo. I kjølvannet av dette mener jeg en ny lovregel kan være hensiktsmessig. På den ene siden vil en slik lovbestemmelse styrke muligheten for samvær, på den andre siden kan det oppleves inngripende for den som har fast omsorg. Jeg mener at en paragraf med følgende innhold er hensiktsmessig: 1) Ved spørsmål om flytting må det i første instans kreves mekling som bør tilstrebe en god mellomløsning for alle tre partene, men primært barnets beste. Herunder bør også samværsforelderen tillegges ansvar. 2) Når mekling ikke fører frem og flyttingen er urimelig for samværsforelderen og barnet, må omsorgsforelderen nektes å ta med seg barnet.

23 Likestilling og samvær: 50/50 i fremtiden?

23.1 Rettspraksis

Rettspraksis viser at det foreligger signaler om en ny linje. I høyesterettsdommen av 16/3-07 ble far innvilget samvær 5 dager annenhver uke. Det ble blant annet vektlagt at barna hadde tilknytning til nærmiljøet rundt fars bosted. Lagmannsretten utmålte nøyaktig samme samværsomfang i 2004¹⁵⁸. I 2006¹⁵⁹ ble det nok en gang fastsatt det samme samværsomfanget som ovennevnte dommer. Dommen ble blant annet begrunnet med at foreldrene hadde tilnærmet lik omsorgskompetanse.

Tendensen går helt klart i retning av at utvidet samvær er blitt mer vanlig enn tidligere. Men 50/50 innvilges fortsatt sjelden, og den forelderen som ønsker 50/50 står uten forutberegnelighet for utfallet av saken. Antakeligvis finner retten det vanskelig å innvilge 50/50 fordi lovbestemmelsen om vanlig samvær ikke ble endret i 2006. Men en utvikling er igang i retten. Det er grunn til å anta at dersom en ny lovbestemmelse om 50/50 trer i kraft, vil retten ikke lenger ha noe valg. Dagens rettstilstand hvor det ofte idømmes utvidet samvær, vil da som hovedregel endres til et høyere samværsomfang. Videre vil unntak begrunnes og en utjevning vil finne sted.

23.2 Andres syn. Er 50/50 anbefalingsverdig?

Likestillingsombudet fant i 1999¹⁶⁰ grunn til å påpeke at likestillingsloven også gjelder *barnefordelingssaker*. Jeg trekker her en analogi til samværssaker, da problemstillingen er den samme: Det stilles spørsmål om domstolene ivaretar hensynet til enkeltpersonene, eller om stereotype holdninger om at barnet har det best hos mor, gjør seg gjeldende. Ombudet fant det verdt å minne om at likestillingsloven også gjelder dommere i barnefordelingssaker. Far og mor har rett til å behandles som enkeltindivider, uavhengig av hvilket kjønn som er egnet til å ta seg av barn. Videre påpekte ombudet at det er uheldig for

¹⁵⁸ LB-2004-69305

¹⁵⁹ LA-2006-87433

¹⁶⁰ Høringsutalelse 6. april 1999

rettssikkerheten om retten for eksempel består av tre kvinnelige dommere. Ombudet foreslo også at domstolene kan idømme delt bosted.

Et liknende, men mer bastant utgangspunktet fremmes i en artikkel fra Brennpunkt, NRK¹⁶¹. Her hevdes at når fedre utfordrer morsrollen, tar mor med hell full kontroll over barna. Dette fordi det gjelder et foreldet likestillingsbilde hvor barnets beste antas å sammenfalle med mors syn. Derfor vinner ikke samværsfedre frem i å få like mye tid med barnet som mor. Disse mennene har ofte innehatt en moderne kjønnsrolle og tidligere hatt like mye å gjøre med barnet som mor, men dette hjelper dem ikke i retten, ifølge artikkelen. Resultatet er, ifølge artikkelen, ikke sjelden at mor flytter med barnet. Når de har bodd der en stund, anser retten det uheldig å flytte nok en gang på barnet. Derfor forblir det hos mor. Artikkelen gir en appell til politikerne om å la delt omsorg etter samlivsbrudd bli den nye normen.

Sosiolog Arild Brock holdt den 24/9-04 et foredrag om fedres kamp for likeverd¹⁶². Han hevder at kvinners kamp for likestilling gjelder offentlige rettigheter, og at menns kamp for likestilling gjelder private rettigheter som har med barn å gjøre. Et av hans viktige poenger er at menns likestillingskamp ofte kommer på spissen ved domstolene, noe som innebærer at retten må ta særskilt ansvar for disse mennenes rettigheter. Med dagens system straffer det seg når menn blir frustrerte, men er man derimot avbalansert (noe han hevder de færreste makter å være i slike tilspissede situasjoner) kan det slå ut mer positivt. Han stiller spørsmål om hvor stortingset er når domstolene skjult favoriserer mødre. Staten bør sikre likeverd gjennomdelt bostedsløsninger, slik at ingen skal tjene på konflikt. Han fremholder til sist at barnet taper på konfliktene i de tilfellene sakene som ikke løses på grunnlag av likeverd når samværsomfanget fastsettes.

Jeg stiller meg positiv til alle disse betraktningene. Rettspraksisen tidligere i oppgaven preges ikke alltid av skjult forfordeling, men etter mitt skjønn er det et betydelig antall

¹⁶¹ Redaktørens spalte Far på Mors måte - Brennpunkt - NRK.htm

¹⁶² Likestillingssenteret - Fedres kamp for likeverd.htm

saker som rammer menn likevel. Dommernes egenvurderinger som influeres av private syn, kan bidra til å underminere likestilling, og politikerne må komme på banen for å sette en stopper for denne typen utvikling. Etter mitt skjønn kan dette avhjelpes ved en lovbestemmelse om 50/50, samt en lovbestemmelse om delt omsorg.

23.3 Rettspolitiske signaler

Det er ikke umulig at nettopp slike endringer snart vil finne sted. Barne- og familiedepartementet har gått inn for å vurdere dagens lovsystem, og å vurdere om endringer kan være hensiktsmessige. Det ble nedsatt et utvalg i januar 2007 som skal gjennomgå dagens barnelov¹⁶³. En viktig kilde for beslutningen er blant annet en undersøkelse av Kristin Skjørten (behandlet i kapittel 6). Undersøkelsen viste at de fleste barn som hadde delt bosted, generelt levde bedre med samlivsbrudd enn de som ikke hadde delt bosted. Undersøkelsen er blant de største i Europa på området, og barne- og familieministeren hevder dette gir ny kunnskap om delt bosted. Det er blitt en tendens til å velge delt bosted (som privat løsning) etter samlivsbrudd de seneste årene. I den forbindelse vil utvalget gjennomgå loven med vekt på barnas situasjon etter samlivsbruddet. Formålet er å se hvordan man kan sikre barnas kontakt med begge foreldrene. De fire følgende kjernepunktene som skal vurderes, er særlig interessante: Felles foreldreansvar uten at foreldrene har bodd sammen, delt bosted, normer for samværsomfanget og retten til å flytte uten den andre forelderens samtykke. Min vurdering er behandlet i avsnittet ovenfor, og jeg tror at dersom utvalgets vurderinger medfører lovendringer, kan likestilling mellom foreldrene sikres bedre. Optimalt sett burde Norge i tillegg følge Danmarks eksempel (behandlet i kapittel 4): Særlig interessant for samværsretten, er 1) Danmarks forslag om å innvilge samværsforelderen opptil 7 dager annenhver uke. 2) Danmarks forslag om at domstolene må begrunne sine avgjørelser grundig. Førstnevnte bestemmelse vil bidra til å redusere konflikt (se hensiktsmessighetsvurderingen i kapittel 20). Sistnevnte bestemmelse vil bidra til likestilling (se hensiktsmessighetsvurderingen i kapittel 23.2).

¹⁶³ Pressemelding 25/1-07, www.Regjeringen.no

Om de nye tendensene bidrar til et mer moderne samværssystem som drøftet i dette kapitlet, gjenstår å se når utvalgets anbefalinger offentliggjøres i 2008, og videre om det blir flertall for en eventuell lovendring. Etter alt å dømme skal det vanskelig gjøres å forkaste enda et forslag om å oppheve vanlig samvær. Tiden er nå inne for å ta rettsutviklingen, likestillingsutviklingen, samfunnsutviklingen og forskningen på alvor. Å ha et foreldet rettssystem om barns rettigheter, er ingen tjent med.

-

2 Litteraturliste

Litteratur

Katrin Koch, Espen Walstad: *Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen*. Gyldendal akademisk. 2005.

Kristin Skjørten: *Samlivsbrudd og barnefordeling*. Gyldendal akademisk. 1.utgave. Oslo 2005.

Peder Lødrup, Tonje Sverdrup: *Familieretten*. 5. utgave. Oslo 2005.

Gunn-Mari Kjølberg, Sigrid Redse Johansen: *Barnefordelingstvister*. Fagbokforlaget. Bergen 2006.

Torstein Eckhoff, Jan Helgesen: *Rettskildelære*. 5. utgave. Universitetsforlaget. Oslo 2001.

Lucy Smith og Peder Lødrup: *Barn og foreldre*

C.J Arnholm: *Familierett*. 1. utgave.

Jo Hov: *Rettergang 1, sivil- og straffeprosess*. Papinian. Oslo 1999.

Svend Danielsen: *Nordisk børnerett 2*. Nor forlag. København 2003.

Gudrun Holgersen, Marianne Tellefsen: *Barnet og loven*. Kommuneforlaget. Oslo 2003.

Inge Unneberg: *Samboere: Etter samlivsbruddet*. Gyldendal 1996. 1. utgave.

Lover

Barnelova

Twistemålsloven

Forarbeider

NOU: 1977:35

Ot.prp. 103 2004-2005

Ot.prp.11(2005-2006)

Innst.O.35(2005/2006)

Svensk: *Meddelandeblad*. Juni 2006

NOU: 1995:23

Dansk: *Betænkning nr. 1475*

Konvensjoner

FN-konvensjonen

Den europeiske menneskerettskonvensjonen

Artikler og annet

Lucy Smith: *Doktoravhandling*

Kirsten Skjørten: *Undersøkelse for ISF*

Stephen Von Tetzchner : *Undersøkelse om tilknytningsadferd, 2003*

Magasinet "2 foreldre". 4. 2004

Dagbladet. 7/3-2006

Dine penger-online: 9/2-2005

Likestillingsombudet: www.ldo.no/Kjonn/Forside/Foreldrerett-barnebidrag-og-samvar/

Likestillingsombudets høringsutalelse 6. april 1999

Redaktørens spalte: "Far på Mors måte" – www.nrk.no/brennpunkt

Foredraget "Fedres kamp for likeverd" www.likestillingssenteret.no

Regjeringen:

www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/andre/Barn_og_samlivsbrudd.html?id=1051

Pressemelding 25/1-07, www.Regjeringen.no

Høyesterettsdommer

Rt-1940 s.155

Rt 1974 s. 1339

Rt-1976 s. 1497

Rt 1987 s. 598

Rt 1987 s. 456

Rt-1989 s. 148

Rt 1989 s. 320

Rt-1991 s. 1148

Rt 1995 s. 946

Rt-1996 s. 420

Rt-1996 s. 888

Rt-1998 s. 1420

Rt 2004 s. 811

Rt 2004 s. 47

Rt-2004 s. 1046

Rt-2005 s.682

Rt-16/3-07

Lagmannsrettsdommer

LA-1993-671

LF-1997-27

LB-2000-3551

LB-2000-1400

LA-2001-1050

LG-2002-00516

LG-2003-16440

LA-2003-14515

LB-2003-13584

LG-2003-16440

LA-2004-14910

LB-2004-5922

LA 2004-11616

LA-2004-4590

LB-2004-69305

LG-2004-41331

LB-2004-5922

LA-2005-85732

LF-2005-17652

LB-2005-27749

LB-2005-171872

LA-2005-123201

LA-2005-136932

LA-2005-177783

LG-2005-93750

LG-2006-91240
LB-2006-94903
LF 2006-42546
LB-2006-34757
LA-2006-62332
LB-2006-183038
LB-2006-94903
LA-2006-20167
LA-2006-87433
LF-2006-37533
LB-2006-132645
LA-2006-34016

